

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

Les restrictions contractuelles

A

La liberté individuelle de travail

dans la Jurisprudence anglaise

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

PAR

A. A. AL-SANHOURY

PARIS

MARCEL GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1925

Les restrictions contractuelles
à
La liberté individuelle de travail
dans la jurisprudence anglaise

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

PROFESSEURS HONORAIRES

MM. APPLETON (C.), ✱, I. 
GARRAUD (R.), ✱, I. 
BOUVIER-BANGILLON, ✱, I. 

MM. JOSSERAND, ✱, I. , doyen, professeur de Droit civil.
PIC (Paul), O. ✱, I. , professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), ✱, , , I., ✱, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, professeur de Droit comparé.
BOUVIER, I. , professeur de Science financière et de Législation française des finances.)
LAMEIRE, I. , professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
LEVY, ✱, I. , professeur de Droit civil.
GONNARD, , I. , professeur d'Economie politique.
PERROUD, , , I., professeur de Procédure civile.
PICARD, A. , I., professeur de Droit civil.
ANTONELLI, ✱, , , I., professeur d'Histoire des Doctrines économiques.
COHENDY, A. , I., professeur de Droit commercial.
GARRAUD (P.), professeur de Droit criminel.
LEFÈVRE , , professeur d'histoire du droit.
ROUBIER, professeur, chargé de l'enseignement du Droit comparé.
MONIER A., agrégé, chargé de l'enseignement du droit romain.
HOFFHER, , chargé du cours d'économie politique.
BECQ (Joseph), I. , secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

M. LAMBERT, *président*

Assesseurs { MM. ROUBIER, professeur.
 HOFFHER, chargé de cours.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

Les restrictions contractuelles

A

La liberté individuelle de travail

dans la Jurisprudence anglaise

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

PAR

A. A. AL-SANHOURY

PARIS

MARCEL GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1925



INTRODUCTION

Le problème des restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail tient une place importante dans les recueils de la jurisprudence anglo-américaine, aussi bien que dans ceux de la jurisprudence française. C'est une des questions extrêmement délicates que soulève la notion d'ordre public, ou, comme les Anglais l'appellent, de « public policy ». Aussi ne doit-on pas s'étonner de voir qu'elle emprunte à cette notion le caractère fuyant et imprécis qui lui est inhérent.

Nous allons voir, d'abord, comment la question se pose dans la pratique et dans la doctrine universelles ; puis nous ferons ressortir son importance particulière dans la jurisprudence anglaise.

CHAPITRE PREMIER

Comment la question se pose-t-elle dans la pratique et dans la doctrine universelles ?

a) Le propriétaire d'un fonds de commerce veut vendre son fonds, soit qu'il désire se retirer à la fin de sa carrière, soit qu'il se trouve aux prises avec des difficultés que lui imposent la vente de son fonds. Celui qui se présente pour acheter le fonds exige qu'on lui garantisse la pleine jouissance du bien qu'il se propose d'acheter.

Le fait même de la vente suppose à la charge du vendeur la garantie implicite de ne pas enlever la clientèle

de l'entreprise à son nouveau propriétaire ; mais ce n'est pas suffisant ; car, sans une garantie expresse, le vendeur aura des moyens indirects de faire à l'acheteur une concurrence redoutable et souvent ruineuse, concurrence d'autant plus efficace que le vendeur est dans les meilleures conditions pour l'engager, connaissant déjà les procédés divers de son ancienne entreprise, et étant à même de trouver les moyens les plus aptes à la ruiner. Le vendeur d'aujourd'hui, concurrent de demain, trouverait ainsi le moyen de reprendre d'une main ce qu'il aurait donné de l'autre, procédé peu honnête, mais qui est la conséquence de la dure loi de la concurrence commerciale, et de la liberté qu'on laisse à l'initiative privée. Comment donc éliminer ce qu'il y a d'injuste et d'inéquitable à cette opération ? On a, le plus souvent, recours à des clauses contractuelles, insérées dans le contrat de cession de fonds de commerce, pour interdire au vendeur de faire une telle concurrence à l'acheteur ; ce sont ces clauses que les Anglais appellent clauses « *in restraint of trade* », c'est-à-dire clauses en restriction de la liberté du commerce. En effet, ces clauses restreignent la liberté du vendeur de faire le commerce à son gré en lui interdisant, par exemple, de monter une certaine entreprise dans une certaine localité ou pendant une certaine durée de temps.

b) Ou bien, c'est un associé qui se retire de la société. Il se trouve ainsi dans la même situation que le vendeur dans le cas précédent ; il peut, comme lui, faire une concurrence redoutable à l'entreprise à laquelle il était associé. Il faut alors une clause contractuelle « *in restraint of trade* » qui interdise à l'ex-associé de se livrer à cette concurrence.

c) Ou bien c'est un associé qui, en entrant dans la société, fait l'apport d'un fonds de commerce. Pour garantir à la société la pleine jouissance de cet apport, une clause contractuelle est nécessaire qui interdise à l'associé de faire concurrence à son ancien fonds.

d) Ou bien c'est un patron qui prend un employé à son service. Prévoyant que cet employé pourra devenir un futur concurrent, le patron insère dans le contrat de louage de service une clause qui défend à l'employé de lui faire concurrence.

Toutes ces hypothèses sont des exemples pratiques qui montrent comment la question des « contracts in restraint of trade » se pose dans le domaine de la vie commerciale et industrielle. Elles sont toutes des exemples de restrictions à la liberté individuelle du travail. Nous ne traiterons pas dans cette étude des restrictions à la liberté collective du travail, matière voisine et aussi importante, qui mériterait, à elle seule, une étude à part.

Nous venons de voir sur quel terrain pratique la question se pose. Elle se trouve soulevée à l'occasion d'opérations juridiques d'une fréquence quotidienne. Voyons, maintenant, comment elle se présente dans la doctrine. L'expression même de restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail indique que nous sommes en présence de deux principes en conflit.

D'une part, le principe de la liberté de contrat, en vertu duquel on est libre de s'imposer la restriction contractuelle qu'on juge opportune et avantageuse à ses intérêts. Le vendeur de l'entreprise, l'associé, l'ex-associé et l'employé doivent tous pouvoir, au nom de ce principe, consentir la plus large restriction à leur liberté de travail, s'ils trouvent que cette restriction leur per-

mettra de retirer le maximum de profit de leurs biens ou de leur travail : le plus haut prix au vendeur de l'entreprise, les conditions les plus favorables à l'associé ou à l'ex-associé, l'emploi le plus avantageux à l'employé.

D'autre part, le principe de la liberté de travail, qui est entré en conflit avec celui de la liberté de contrat. Si on admet qu'on peut s'imposer la plus large restriction contractuelle, on sacrifie entièrement à la liberté de contrat la liberté du travail. Cependant, cette dernière est un attribut de la personnalité même du travailleur ; et il est aussi nécessaire de la maintenir dans l'intérêt du public. Le travailleur a besoin de son travail ; pour lui, c'est, le plus souvent, le seul moyen de gagner sa vie ; s'il s'en prive hâtivement ou sous la pression du besoin, il risque de se trouver réduit à la mendicité, et de tomber à la charge de la communauté. La communauté elle-même est intéressée à assurer à chacun la liberté de travail, d'abord pour ne pas avoir à supporter la charge d'un indigent, ensuite et surtout, pour ne pas se priver d'un membre actif, dont la disparition du champ de la libre concurrence préparerait un régime de monopole, pernicieux aux intérêts du public. La question n'est donc pas aisée à résoudre. Il s'agit, en effet, de concilier deux principes essentiellement contradictoires. Ces deux principes sont, en réalité, deux aspects différents d'une même notion : celle d'ordre public (*public policy*). L'ordre public exigeant à la fois la liberté de contrat et la liberté de travail, on est obligé de prendre un moyen terme, de sacrifier une partie de chaque liberté, pour que les deux coexistent. C'est sur ce terrain d'ordre public (1) et de conciliation néces-

(1) Sur la notion de l'ordre public, la filiation de la « *Public Policy* »

saire entre deux principes en conflit, que la question des « contracts in restraint of trade » se pose dans la doctrine.

Si l'on cherche à pénétrer plus complètement les réalités sociales et économiques qui se trouvent derrière cette théorie, on constate qu'on est en face d'un conflit entre l'intérêt de l'individu et l'intérêt de l'entreprise ; en d'autres termes, on se trouve obligé d'aborder une des faces d'un phénomène délicat : la lutte des classes ou le conflit entre le travail et le capital.

La théorie des contrats « in restraint of trade » est donc d'une indiscutable portée économique et sociale ; elle met en jeu les intérêts de classes sociales qui sont essentiellement opposés. « L'histoire de toute la doctrine des « restraints of trade », a dit le lord Justice Bowen dans le cas Nordenfelt, n'est, en effet, qu'un récit des efforts continuels faits par le droit anglais, en présence des conditions changeantes de l'industrie et du commerce pour concilier et harmoniser ces deux points de vue contradictoires. »

Il s'agit donc, juridiquement parlant, de concilier la liberté de contrat avec la liberté de travail.

Dans quelle mesure faut-il admettre que l'une de ces deux libertés cède à l'autre ? Jusqu'à quelle limite permet-on au stipulant d'imposer à la liberté du promettant la restriction la plus large pour la protection de ses intérêts propres ? Quelle limitation cette liberté de contrat, si avantageuse aux intérêts du stipulant,

anglaise, par rapport à l'ordre public continental, et sur le rôle de l'ordre public dans la matière des « restraint of trade, » voir *La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique*, par MOHAMED ABDULLAH EL ARABY, t. VIII de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon, Paris, 1924, p. 251-279.

doit-elle comporter, pour tenir un compte équitable des intérêts opposés du promettant ? Dans quelle mesure faut-il, enfin, au milieu de tous ces intérêts opposés, prendre en considération un troisième ordre d'intérêts, très distinct des deux premiers, l'intérêt du public lui-même ?

Voilà une foule de problèmes juridiques, que la théorie des « restraints of trade » est appelée à résoudre, en tenant en balance ces intérêts opposés, pour peser la valeur de chacun, et lui donner une place proportionnelle à cette valeur (1).

(1) Cf. la conférence faite par M. Lambert, en 1921, dans la séance d'ouverture de l'Institut de Droit comparé : *L'Institut de Droit comparé, son programme, ses méthodes d'enseignement*, Lyon, Rey, 1921, p. 20-21 : « Cette balance judiciaire des intérêts débute naturellement par la comparaison des intérêts respectifs des parties en cause, non pas de ces parties envisagées dans leur individualité, mais prises ès-qualités, comme représentant ces personnages abstraits, que sont le vendeur et l'acheteur, l'employeur et l'employé, etc. Il faut rechercher les conditions dans lesquelles s'exercent les deux activités en lutte ; les exigences auxquelles est subordonné leur plein développement, déterminer pour chacune d'elles l'étendue précise des dommages causés par le heurt de l'autre, et peser les intérêts ainsi dégagés de façon à ne pas s'exposer à faire subir à l'un un sacrifice considérable, pour ne procurer à l'autre qu'un avantage minime. Mais, à côté de cette première catégorie, il en est beaucoup d'autres qui doivent entrer dans la pesée judiciaire. Ce sont d'abord les intérêts des groupes en relations d'interdépendance économique avec ceux auxquels appartiennent les parties : ici, les consommateurs ; ailleurs, les usagers..... C'est ainsi que, dans les décisions anglaises qui ont fixé la valeur et la portée des clauses restrictives de la liberté du travail insérées dans les contrats de louage de services, nous voyons les juges comparer d'abord l'intérêt que la police publique a au maintien de la liberté du contrat à celui qu'elle a au maintien de la liberté du travail, puis faire entrer en ligne un troisième intérêt public, l'intérêt de la société à empêcher que, dans le marchandage des conditions du contrat de travail, la partie la plus faible soit opprimée par la plus forte. »

C'est donc essentiellement une œuvre de transaction que la théorie des « restraints of trade » doit accomplir. D'ailleurs, ce caractère transactionnel n'est pas particulier à cette matière ; il se retrouve partout dans le domaine de la science juridique.

Le droit est, en réalité, une science qui a pour but de concilier des idées contradictoires ; chaque principe fondamental de cette science est une transaction, un compromis. Du fait que le droit, par sa définition même, régit les rapports sociaux, chaque problème juridique soulève nécessairement un conflit de principe, et met en jeu des intérêts essentiellement opposés.

En matière successorale, par exemple, l'idée essentielle qui se trouve à la base de la dévolution testamentaire et de la réserve est une idée de transaction ; deux principes sont ici à concilier : d'une part, le principe que chacun peut disposer de son patrimoine à son gré, même après sa mort, et, d'autre part, le principe de la solidarité familiale qui donne aux membres de la famille un droit éventuel sur le patrimoine de chacun. Pour harmoniser ces deux principes, on a institué le testament qui permet, dans une certaine mesure, la disposition des biens après la mort, et on a établi la réserve qui conserve aux membres de la famille une part du patrimoine.

Dans la procédure, l'idée essentielle qui se trouve à la base du principe de l'autorité de la chose jugée est aussi une idée de conciliation. D'une part, on a reconnu que la justice humaine n'est pas infaillible, et que les sentences judiciaires peuvent être fondées sur une erreur ; aussi a-t-on permis, en principe, la révision de ces sentences par des juridictions supérieures. D'autre part, on a reconnu la nécessité de la stabilité des droits acquis

en vertu de ces sentences, et de la sécurité juridique qu'elle entraîne ; aussi a-t-on admis qu'après un certain nombre de révisions la sentence devient indiscutable. C'est pour arriver à cette transaction qu'on a conçu l'idée de l'autorité de la chose jugée.

On pourrait multiplier les exemples qui mettent en lumière ce caractère essentiel du droit qui n'est pas particulier à la théorie des « restraints of trade ».

Ce qui est spécial à cette théorie, ce n'est pas tant l'idée de conciliation elle-même, que la façon dont cette conciliation doit se réaliser. Les deux principes opposés, liberté de contrat et liberté de travail, ne peuvent pas se concilier de la même façon à toutes les époques. Le domaine de la doctrine des « restraints of trade » est en contact perpétuel avec la vie. Un dosage fixe et immuable ne saurait suffire à régler tous les problèmes juridiques suscités par la complexité infinie de la vie industrielle et commerciale. L'évolution inéluctable de la vie sociale répugne à la rigidité de toute règle immuable destinée à l'enserrer. Il faut donc adapter ce dosage aux conditions économiques et sociales toujours en mouvement, et le faire évoluer avec l'époque et le milieu.

Quand on se rappelle comment l'industrie a été bouleversée par les inventions modernes, comment elle s'est renouvelée d'une façon intégrale, comment le progrès des voies de communications a fait des miracles en annulant le temps et l'espace, on comprendra aisément qu'une doctrine, comme celle des « restraints of trade », destinée à rester toujours en contact avec la vie mouvante, ne saurait rester indifférente à d'aussi profondes transformations.

L'œuvre de conciliation dans cette théorie n'est pas, par conséquent, une œuvre définitive. C'est un effort continu et incessant d'adaptation et d'harmonie qu'il faut accomplir en suivant l'évolution de la vie sociale.

CHAPITRE II

Importance spéciale de la question en droit anglais

Comment ce problème juridique délicat de conciliation et d'adaptation a-t-il été résolu par les différents systèmes de droit : tel est l'objet de cette étude.

Dans cette étude comparative, nous aurons à étudier les systèmes anglais, américain, français et égyptien. C'est le système anglais, ou plutôt la jurisprudence anglaise, qui y occupera la place prépondérante ; nous lui consacrerons nos développements essentiels en la rapprochant, lorsqu'il sera nécessaire, de la jurisprudence américaine, qui la suit presque servilement.

Nous réserverons jusqu'à notre conclusion l'examen critique et comparatif des systèmes français et égyptien.

Si nous avons cru devoir donner cette place d'honneur à la jurisprudence anglaise, c'est qu'en effet c'est elle qui a le plus contribué au développement de la doctrine des « restraints of trade ». Les juges anglais, avec une pénétration d'esprit et une compréhension profonde des réalités sociales, se sont laissé guider, dans cette matière, par des principes rationnels, qui ont apporté une sève rafraîchissante et féconde à cette théorie. Ils ont développé, par une analyse subtile et

minutieuse des nécessités économiques et sociales, tous les aspects divers et mobiles d'une théorie qui reflète fidèlement la complexité de la vie pratique, et qui fait sentir la difficulté de manier les intérêts multiples et contradictoires que met en jeu chaque problème (1). En traçant l'évolution de cette doctrine élaborée par la jurisprudence anglaise au prix d'une expérience plusieurs fois séculaire, on voit, plus que dans tout autre chapitre de la jurisprudence, naître la conscience de la nécessité de l'adaptation du droit aux conditions de la vie ; on constate que ce ne sont pas les nécessités sociales qui se plient à la rigidité des règles juridiques, mais que ce sont les règles juridiques qui s'adaptent aux nécessités impérieuses du bon sens et de l'équité.

Un système juridique, pour ne pas être une simple

(1) La supériorité des jurisprudences anglaise et américaine s'explique, dans une certaine mesure, par l'allure très libre que prennent habituellement les tribunaux anglo-américains dans l'application du droit, soit la « common law » soit les « statutes », allure beaucoup plus libre que celle des tribunaux du Continent, et qui a permis aux premiers d'adapter le droit à des besoins sociaux qui changent avec le temps. Sur une comparaison entre la construction anglo-américaine et l'interprétation latine, voir LAMBERT, *Le Gouvernement des juges*, Paris, 1921, p. 130-133. Il est certain que le système de l'autorité absolue du précédent, caractéristique essentielle du droit anglo-américain, a son contrecoup dans ce travail d'adaptation ; mais en Angleterre, et surtout en Amérique, se lève une école de « jurisprudence sociologique » qui cherche, par la méthode du cas, à atténuer la rigueur du principe de l'autorité des cas jugés. Sur cette jurisprudence sociologique, et sur la méthode du cas, voir EL-ARABY, *La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique*, p. 245-261 ; LAMBERT, *L'Institut de Droit comparé. Son programme. Ses méthodes d'enseignement*, Lyon, Rey, 1921, p. 20-21 ; PIERRE LEPAULLE, *Le système du cas et la méthode socratique dans les écoles américaines* (*Revue internationale de l'enseignement*, mai-juin 1920, p. 161).

ossature dépouillée de ce qui en fait la vie, doit être élaboré à la lumière du milieu pratique qui en conditionne le fonctionnement et en fait apparaître la raison d'être.

En analysant cette doctrine, on constatera quelle ingéniosité la jurisprudence anglaise a déployée dans la recherche de l'instrument juridique nécessaire à ce travail d'adaptation ; on verra comment elle a su assouplir la règle rigide qui était à la base de la doctrine, pour en faire une simple directive, « standard », susceptible d'applications nuancées et adaptables aux diverses situations économiques et sociales qu'elle est appelée à régir. On remarquera aussi comment cette même jurisprudence a réussi à développer et protéger la partie de l'entreprise qui consiste dans l'achalandage, la clientèle, le nom commercial, les secrets de commerce et autres éléments incorporels.

Dans cette élaboration, elle s'est montrée soucieuse d'assurer la défense de tous les intérêts économiques réellement dignes de protection, sans, pour celà, dépasser la juste mesure et envahir indûment le droit de l'individu à jouir de sa liberté de travail comme il l'entend, et tout en pratiquant une intervention bienfaisante et équitable dans la lutte perpétuelle des classes, en soutenant les travailleurs contre les exigences abusives, et malheureusement trop fréquentes, des capitalistes, propriétaires des entreprises.

Cette théorie des « restraints of trade », élaborée par la jurisprudence anglaise, offre donc un intérêt économique, social et juridique. Nous examinerons successivement ce triple point de vue en insistant davantage sur l'intérêt juridique.

SECTION I

Intérêt économique et social

En développant la théorie des « restraints of trade » et en l'adaptant aux conditions variables de l'industrie et du commerce, la jurisprudence anglaise s'est trouvée amenée, par la force même des choses, à consacrer et à protéger des intérêts qui paraissent, au premier abord, contradictoires, mais qui se complètent s'ils sont conçus dans un esprit de large compréhension.

D'une part, elle a développé peu à peu, d'une façon lente mais sûre, la propriété incorporelle de l'entreprise, en mettant aux mains des propriétaires l'arme juridique nécessaire à la protection de cette propriété, et en leur accordant la faculté d'imposer des restrictions contractuelles aux personnes susceptibles de la menacer. Elle paraît, à cet égard, favorable à l'épanouissement des entreprises et à l'accumulation des capitaux, dont elle fournit l'instrument de protection.

En un mot, elle paraît individualiste dans sa protection du capital, et libérale dans sa consécration de la liberté de contrat.

D'autre part, elle a réprimé, dans le domaine des contrats de louage de services, toute oppression exercée sur les travailleurs par des capitalistes, en protégeant la liberté de travail au détriment de la liberté de contrat. Elle paraît, à cet égard, socialiste dans sa protection des travailleurs, et interventionniste dans la limitation qu'elle apporte à la liberté contractuelle.

Néanmoins, ces deux attitudes différentes se complètent ; elles sont nécessaires l'une et l'autre. En pro-

tégeant l'entreprise, elle fournit, non pas seulement aux capitalistes, mais aussi aux travailleurs en même temps qu'au public, le facteur fécond de toute prospérité économique, condition indispensable de l'amélioration de l'état des travailleurs. En protégeant le travail, elle maintient en bonne place un élément essentiel de progrès et de développement des entreprises elles-mêmes, tout en s'inspirant de considérations plus élevées encore de justice sociale et d'équité. Les deux attitudes, loin d'être contradictoires, sont donc en harmonie et poursuivent le même but d'utilité sociale.

Nous examinerons, dans deux paragraphes successifs, d'abord l'intérêt économique que la jurisprudence anglaise défend en protégeant la propriété incorporelle de l'entreprise, et ensuite l'intérêt social qu'elle défend en protégeant les travailleurs.

§ 1. — INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

A l'origine la jurisprudence anglaise était trop étroite. Dans l'intérêt des travailleurs, et surtout dans l'intérêt du public, elle n'envisageait que la défense d'un seul principe : la liberté de travail.

A cette préoccupation primordiale tout était sacrifié : l'entreprise, son achalandage, sa clientèle, les secrets du commerce, le nom commercial, etc. Ces éléments incorporels de l'entreprise n'étaient pas, d'ailleurs, assez développés pour attirer l'attention ; mais avec le progrès du commerce ils devenaient de plus en plus importants, et il apparaissait que l'attitude défavorable de la jurisprudence vis-à-vis de ces éléments incorporels ne pouvait pas se maintenir longtemps. Peu à peu, la jurisprudence anglaise est parvenue à protéger, dans une

certaine mesure, la partie incorporelle de l'entreprise en accordant une faible place à la liberté de contrat à côté de la liberté de travail. Le propriétaire de l'entreprise pouvait alors se protéger contre la concurrence de l'ancien propriétaire ou de l'ancien employé, en limitant son activité par une restriction contractuelle, restriction maintenue dans une limite bien déterminée, et qui ne pouvait pas, en tout cas, avoir un caractère général. Il se trouvait ainsi protégé dans tout ce qu'il y a d'élément incorporel dans l'entreprise. Mais cette protection n'était pas encore suffisante. D'une part, la jurisprudence ne permettait pas une restriction générale à la liberté de travail, même si elle était nécessaire à la protection de cet élément de propriété. D'autre part, même à l'égard des restrictions partielles, elle prenait une attitude nettement hostile en établissant une présomption relative contre ces clauses jusqu'à preuve de leur nécessité pour la protection de l'entreprise. La faible protection que la jurisprudence accordait à cette propriété incorporelle était donc entravée par des difficultés de preuve, et entourée d'une atmosphère hostile. La liberté de contrat, qui favorise essentiellement un régime économique libéral et protège toutes sortes de propriétés, avait encore à lutter pour briser ses chaînes et pour disputer le terrain à sa rivale : la liberté de travail.

La lutte s'engageait entre les deux principes. Elle n'était pas une simple polémique doctrinale ; elle était une lutte pour la constitution et le développement de la propriété incorporelle de l'entreprise. L'issue de la lutte ne tardait pas à s'affirmer. Chaque jour, la liberté de contrat, et, avec elle, la propriété incorporelle de l'entreprise, gagnaient du terrain. La jurisprudence a

commencé d'abord par la destruction de la présomption relative d'atteinte à la liberté de travail dans le domaine des restrictions partielles. Désormais le propriétaire de l'entreprise pouvait imposer à son concurrent éventuel une restriction partielle, sans qu'il fut appelé à prouver sa légitimité; c'était au promettant de prouver, pour s'en dégager, qu'elle était déraisonnable. On a pu, ainsi réaliser plus efficacement, mais d'une manière toujours limitée, la protection de la propriété incorporelle de l'entreprise. La lutte allait toujours en s'accroissant à mesure que le progrès de l'industrie faisait apparaître de plus en plus nettement les éléments de cette propriété. On sentit partout que le moment était venu de protéger plus complètement ce genre de propriété.

La liberté de contrat devait continuer sa marche vers une plus libre activité. Tandis que, dans le domaine des restrictions partielles, cette liberté avait fait un progrès énorme, le domaine des restrictions générales lui restait inaccessible. Il est vrai que les cours d'équité, plus hardies et plus imbues d'idées de justice, ont devancé les cours de « common law » en admettant la liberté de contrat, même dans le domaine des restrictions générales, précipitant ainsi la future orientation de la jurisprudence. Mais les décisions de ces cours ne pouvaient pas avoir une grande autorité aux yeux des cours de « common law ». Néanmoins, ces dernières elles-mêmes se sont trouvées amenées, par la force des choses et sous la pression des transformations profondes de la vie industrielle et commerciale, à admettre la liberté de contrat dans le domaine des restrictions générales, et à consacrer définitivement, dans le cas Nordenfelt (1),

(1) 1893, I Ch. 630 ; 1894, A. C. 535.

le respect complet de la propriété incorporelle de l'entreprise. Désormais le propriétaire d'une entreprise pouvait imposer à son concurrent éventuel la restriction la plus large, du moment que cette restriction était nécessaire à sa protection. Il n'y avait d'illégal que les clauses tyranniques et abusives, les clauses déraisonnables, destinées, non pas à protéger un genre respectable de propriété, mais à supprimer toute concurrence, et créer ainsi un régime de monopole au détriment du public. Il était évident que des clauses pareilles ne pouvaient pas être maintenues. Mais il ne reste pas moins vrai que la propriété incorporelle de l'entreprise avait pris un grand essor grâce à la jurisprudence établie dans le cas Nordenfelt ; ce genre de propriété a trouvé, enfin, une assise solide pour son développement. La possibilité légale de protection de cette propriété par des clauses contractuelles est devenue indiscutable, même dans la phase postérieure de la jurisprudence, quand celle-ci a fait partiellement échec à la liberté de contrat dans le domaine des contrats de louage de service. Nous allons voir, en effet, que le grand triomphe, enregistré par le cas Nordenfelt pour la liberté de contrat, n'était pas définitif ; un revirement de la jurisprudence contre cette liberté et en faveur de la liberté de travail s'est produit dans le domaine des contrats de louage de service. Quoiqu'il en soit, et en dépit du fait que la liberté de contrat a dû fléchir dans ce domaine, la possibilité légale de protéger la propriété incorporelle de l'entreprise restait intacte. La célèbre distinction entre les connaissances subjectives (c'est-à-dire l'équipement personnel et l'expérience professionnelle acquis par l'employé durant son service) et la connaissance objective (c'est-à-dire les secrets du commerce, la

clientèle, les procédés spéciaux, en un mot, la propriété incorporelle de l'entreprise) n'avait, en effet, pour but que de maintenir la protection de cette dernière. Si le patron ne peut pas interdire à son ancien employé de profiter de la connaissance subjective, qui est inhérente à sa personne, il peut, néanmoins, lui interdire de profiter de la connaissance objective, qui fait partie de l'entreprise.

La consécration de cette propriété incorporelle était donc définitive. Voilà l'intérêt économique principal de la théorie anglaise des « restraints of trade ».

§ 2. — INTÉRÊT SOCIAL

Nous avons vu qu'à la base de la théorie des « restraints of trade » se trouve le conflit entre la liberté de travail et la liberté de contrat, c'est-à-dire entre le travail, représenté par le premier principe, et le capital, représenté par le second. C'est sous cet aspect social de conflit entre le capital et le travail qu'il faut envisager toute la théorie. Cependant, cette idée n'était pas, à l'origine, l'idée maîtresse. Au début de l'évolution de la jurisprudence anglaise, la grande industrie n'était pas encore née, le machinisme et le prolétariat n'existaient pas encore ; la lutte acharnée entre le capital et le travail ne se faisait pas sentir sous les formes aiguës et menaçantes qu'elle a revêtues de nos jours. Alors, le capitaliste et le travailleur se confondaient souvent dans la même personne ; et certes ce n'est pas sous la forme d'une lutte entre le capital et le travail que le conflit entre la liberté de contrat et la liberté de travail s'est présenté d'abord à la jurisprudence. Ce qui la dominait, c'était, d'une part, le souci de respecter les inté-

rêts du public en prévenant un régime de monopole, et, d'autre part, le souci d'assurer à chacun le moyen de gagner sa vie par son travail. Quand lord Macclesfield a marqué définitivement une nouvelle phase dans l'évolution de la jurisprudence anglaise avec le cas de *Mitchel c. Reynolds*, en établissant une présomption absolue contre toute restriction générale à la liberté de travail, et une présomption relative contre toute restriction partielle, il en a donné comme principales raisons, d'une part, « la menace d'un régime de monopole pernicieux aux intérêts du public » et susceptible de se réaliser par la fréquence systématique de ces clauses restrictives, et, d'autre part, l'inconvénient qu'il y a pour l'individu comme pour le public à priver quelqu'un du principal moyen de gagner sa vie. La liberté de travail était alors vue avec faveur, non tant pour faire triompher le travail sur le capital, que pour protéger les intérêts du public et les intérêts des travailleurs.

Avec le développement de l'industrie et le progrès du commerce, l'intérêt du public a changé sensiblement d'aspect et les inconvénients d'un régime de monopole ont été considérés comme amplement compensés par les avantages que le public tirait de l'extension rapide de l'industrie, extension conditionnée par un régime de liberté de contrat. C'est ainsi qu'on verra la liberté de travail perdre chaque jour du terrain, et sa concurrente, la liberté de contrat, finir par l'emporter sur elle. Le progrès graduel de la liberté de contrat coïncide historiquement avec le mouvement économique libéral, qui a consacré un régime économique sans intervention législative, régime de laisser faire, où les lois naturelles fonctionnent sans être entravées par aucune restriction de la part du législateur.

Il est évident que sous un régime pareil la liberté de contrat paraît être la base même de la liberté économique. L'issue du conflit entre la liberté de contrat et la liberté de travail ne faisait pas de doute ; elle a été précipitée par le mouvement libéral, dont la répercussion se faisait sentir dans la jurisprudence anglaise. Celle-ci n'a pas tardé à faire triompher la liberté de contrat ; mais ce succès, qui avait pour cause principale le développement de l'industrie et du commerce, devait être restreint par la cause même qui l'avait amené.

En effet, c'est à la fin du XVIII^e siècle que la grande industrie est née. Les ateliers se sont transformés en usines, les capitaux se sont accumulés, et le producteur autonome s'est trouvé mué en ouvrier salarié, perdant ainsi son autonomie économique et sociale. C'est alors que le conflit entre le capital et le travail commença à se faire sentir et, avec ce conflit, la liberté de contrat va diminuer.

Cependant ce n'est qu'au XIX^e siècle que les ouvriers, mis insensiblement sous le joug du capital, ont senti leur force et sont devenus, non pas une puissance économique, puisqu'ils n'ont jamais cessé de l'être, mais une puissance sociale redoutable. La question de la protection ouvrière contre les abus et la tyrannie du capital est devenue d'une actualité brûlante. Vers la fin du XIX^e siècle, les législateurs se sont préoccupés de cette protection. Comme l'évolution extérieure du droit est, généralement, plus lente que l'évolution sociale, et, comme dans la matière des « restraints of trade » il n'y a lieu, d'ordinaire, à des clauses restrictives que lorsqu'il s'agit de travailleurs plus ou moins qualifiés, et non pas des manœuvres, à propos desquels la question ouvrière prend surtout sa gravité, la nouvelle

situation n'a pas eu sa répercussion immédiate sur cette partie de la jurisprudence anglaise. Celle-ci n'a pas senti, pendant tout le cours du xix^e siècle, l'évolution rapide des faits, ou tout au moins, elle n'en a guère tenu compte. Ce n'est qu'au début de notre siècle que la jurisprudence a dû prendre en considération l'infériorité de la situation des travailleurs vis-à-vis des patrons.

Admettre la prédominance du principe de la liberté de contrat dans le domaine des contrats de louage de service, comme on l'admettait dans d'autres domaines, paraissait peu conforme à l'esprit social de l'époque et aux notions élémentaires d'équité. De là, une évolution remarquable de la jurisprudence anglaise, qui a marqué une orientation nouvelle dans le domaine des contrats de louage de service. Désormais la liberté de contrat devra fléchir devant sa rivale traditionnelle : la liberté de travail. Il s'est produit une réaction et un retour à l'ancien état de choses, alors que la liberté de contrat et la liberté de travail se partageaient toutes deux le domaine des « restraints of trade ». La jurisprudence anglaise, fixée définitivement dans les cas *Mason et Saxelby*, s'est montrée peu favorable aux clauses restrictives insérées dans les contrats de louage de service. Il ne s'agit plus ici de protéger la propriété incorporelle de l'entreprise, mais de faire face au problème des rapports entre les patrons et les travailleurs. Les deux parties, dans cette lutte économique, ne sont pas munies d'armes égales. Les patrons disposent, grâce à leurs capitaux, d'une force redoutable et d'une situation incontestablement supérieure à celle des ouvriers. Ils ont généralement une connaissance technique et une expérience professionnelle, devant lesquelles le travailleur, le plus souvent inexpérimenté et pressé par le

besoin, paraît désarmé. Les patrons peuvent dicter les termes du contrat de louage de service à leurs employés, qui se trouvent obligés de les accepter sans appel. C'est alors que le patron profite de sa supériorité, use et abuse de son influence sur les employés pour leur imposer les clauses restrictives les plus tyranniques et les plus oppressives. Le but du patron n'est pas de protéger son entreprise, mais d'éviter toute concurrence éventuelle de la part de ses employés, et surtout de les enchaîner à son service, en les menaçant du danger de tomber sous le coup de la clause restrictive s'ils quittent leur place.

La jurisprudence anglaise s'est efforcée de remédier à cet état de choses et d'empêcher toute oppression commise au nom de la liberté de contrat. Désormais toute clause restrictive insérée dans un contrat de louage de service est soupçonnée ; sorte de présomption contre ces clauses, qui rappelle l'ancienne présomption relative contre les restrictions partielles. Cependant, la jurisprudence anglaise n'a pas négligé la protection de la propriété incorporelle de l'entreprise. L'employé qui, durant son service, pourrait acquérir quelque connaissance objective (élément de la propriété incorporelle) pourrait se voir interdit, par une clause restrictive, d'en profiter au détriment de son patron.

Mais, — et c'est là la nouvelle attitude sociale de la jurisprudence, — la connaissance subjective, c'est-à-dire l'expérience professionnelle acquise grâce au travail et aux efforts personnels de l'employé, fait partie de sa personnalité même. Le patron ne peut pas lui interdire d'en profiter, quand il sort de son service. Toute clause restrictive tendant à cet effet est présumée extorquée à l'employé dans le but de l'enchaîner à un

travail qui pourrait lui devenir peu profitable, et de lui imposer une sorte de servage industriel. C'est grâce à cette attitude nouvelle que la jurisprudence anglaise est parvenue à établir des relations sociales plus équitables, au moins par rapport au régime actuel d'organisation économique.

Comme toute notion d'équité est relative et conditionnée par le milieu où elle s'applique, on ne peut pas dire d'avance si cette nouvelle attitude de la jurisprudence subsistera. L'organisation économique peut changer ; elle paraît être, en effet, en voie de transformation. Les travailleurs pourront occuper, dans l'organisation future, une place supérieure à celle des patrons, grâce à l'activité des groupements ouvriers qui va toujours en augmentant. Si la situation économique est ainsi renversée, la raison d'être de la nouvelle attitude de la jurisprudence en faveur des travailleurs disparaîtra, et il ne serait pas surprenant que la jurisprudence anglaise, grâce à la souplesse de la directive de la « rationalité » qu'elle a adoptée dans la matière des « restraints of trade », change d'attitude et suive une nouvelle orientation adaptée aux nouvelles circonstances. Dans l'organisation économique actuelle on ne peut qu'approuver l'attitude sociale de la jurisprudence qui est empreinte d'un sens élevé de la justice et de l'équité.

Tel est le problème social suscité par la théorie des « restraints of trade », et telle est la solution donnée par la jurisprudence anglaise à ce problème.

SECTION II

Intérêt juridique

Dans cette matière des « restraints of trade », la jurisprudence anglaise a pu réaliser, graduellement et insensiblement, une des réformes juridiques les plus remarquables. Elle a pu introduire un instrument juridique souple, susceptible d'une grande adaptabilité, pour régir des rapports sociaux incessamment changeants.

Elle a introduit le « standard » à côté de la règle. Le « standard » (1) est une directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité. A la différence de la règle, le « standard » ne lie pas étroitement le juge ; il ne l'oblige pas, pour arriver à un but déterminé, à suivre tel ou tel chemin.

Dans l'enfance du droit, les juges avaient besoin d'instructions précises, de règles détaillées, pour les appliquer strictement et littéralement aux rapports sociaux simples d'un état de civilisation primitive. Avec les progrès de la civilisation et la complexité toujours croissante de la vie sociale, le droit, qui est la science sociale par excellence, a dû régler son pas sur la marche rapide de la civilisation. Pour réglementer tous les rapports sociaux dans leur complexité et leur variété infinie, il a dû changer de procédé. Au lieu de donner aux juges des instructions précises et détaillées, tâche dont

(1) Le mot « Standard » est un mot anglais dont la traduction française est délicate. Les mots « critérium », « directive », peuvent en donner une idée, mais une idée incomplète. Nous emploierons quelquefois le mot « directive », le plus souvent, le mot anglais lui-même.

il ne peut jamais s'acquitter, puisqu'il lui est impossible de tout prévoir, le droit se contente de leur donner de simples directives, de grandes lignes de conduite, qu'ils peuvent eux-mêmes adapter aux circonstances changeantes, sans être entravés par la rigidité d'une règle précise et immuable. Pour ne prendre que l'exemple donné par la jurisprudence anglaise dans notre matière, nous allons voir comment cette jurisprudence a dégagé, sous la pression des faits, un « standard », une directive générale pour toute la matière des « restraints of trade », réglementée jadis par une règle étroite.

A l'origine, toute restriction à la liberté de travail était considérée par la jurisprudence anglaise comme illégale. L'organisation économique n'était pas encore compliquée, et la lutte entre le capital et le travail ne se faisait pas encore sentir. Il suffisait, dans cet état économique, d'une règle fixe et précise pour trancher le conflit entre la liberté de contrat et la liberté de travail, et consacrer le triomphe exclusif de cette dernière. Toute restriction à la liberté de travail était nulle : rien n'est plus simple, mais rien n'est plus rigide aussi. Avec la complexité croissante des nécessités économiques et sociales, on a senti qu'une telle règle était trop rigide pour être appliquée à toutes les situations. La rigidité de la règle devait céder aux exigences pratiques et la jurisprudence anglaise a dû faire un travail d'adaptation.

Au lieu d'établir, *à priori*, la nullité de toute restriction à la liberté de travail, elle s'est efforcée de concilier la liberté de contrat et la liberté de travail, en donnant à la première une place à côté de sa concurrente. Par cette conciliation, la jurisprudence a assoupli la rigidité de la règle ancienne ; au lieu de poser en prin-

cipe que toute restriction à la liberté de travail était nulle sans exception, elle a admis, dans une certaine mesure, la validité des restrictions partielles. Cependant, nous étions toujours en face de règles plus ou moins rigides : une présomption absolue contre les restrictions générales et une présomption relative contre les restrictions partielles. Plus tard, la liberté de contrat a gagné encore du terrain, cependant que la règle s'assouplissait. On a commencé par le domaine des restrictions partielles. Dans ce domaine on est parvenu, par des étapes que nous allons tracer dans ce travail, à faire disparaître peu à peu les catégories et les classifications artificielles, et à remplacer la règle rigide jadis en vigueur par une directive souple de « rationalité ». Le même travail s'est opéré, ensuite, dans le domaine des restrictions générales, et dorénavant la jurisprudence ne connaît plus les règles détaillées et précises qui ont tant gêné le développement du droit dans la matière. Elle a adopté, à leur place, une directive générale, le « standard » de rationalité, qui a pu s'adapter à des situations économiques variées, et se plier aux nécessités de la vie pratique.

Qu'une restriction, générale ou partielle, soit valable ou non, cela dépend désormais de la rationalité de la restriction. Un tel critérium pénètre au fond même des choses, analyse minutieusement les rapports sociaux en jeu et les situations économiques en présence pour protéger, parmi les intérêts multiples qui entrent en conflit, ceux qui sont raisonnables. C'est grâce à la souplesse de la directive nouvelle qu'un équilibre plus juste et plus harmonieux, correspondant aux réalités économiques, s'est établi entre le principe de la liberté de contrat et le principe de la liberté de travail. Au cours

de cette étude, nous allons voir comment la jurisprudence anglaise a conduit ce travail d'adaptation, et comment ce mouvement d'assouplissement de la règle rigide a été accompagné d'un mouvement parallèle en faveur du principe de la liberté de contrat, jusqu'à la réaction qui s'est produite dans le domaine des contrats de louage de service. Il convient donc de définir ici, d'une manière abstraite et générale, la notion même du « standard » opposée à la notion de la règle. Nous aurons l'occasion ailleurs de reprendre l'étude de cette notion du « standard » en examinant quelques-uns des « standards » adoptés par les divers systèmes juridiques nationaux. Ces exemples, en s'ajoutant à celui du « standard » de la rationalité en matière de « restraints of trade » que nous allons étudier ici en détail, placeront la notion fondamentale des « standards » sur un terrain pratique et expérimental, et nous permettront de comprendre le rôle de cet instrument dans l'état actuel de la science juridique.

Qu'on ne s'étonne pas si nous avons réservé une si grande place à cette notion des « standards » dans un travail destiné, comme son titre l'indique, à une étude comparative sur les « restraints of trade ». Si nous avons choisi ce sujet pour le traiter en détail, ce n'est que pour examiner de plus près, et sur un terrain purement pratique, la notion de « standard », pour dégager son fonctionnement dans la vie pratique, et révéler les services qu'elle peut rendre à la science du droit. C'est en cette matière que la notion de standard s'est le plus complètement et le plus librement développée ; elle n'y a pas été le produit brusque de la volonté du législateur, mais elle y a été distillée par une longue expérience judiciaire, et cristallisée par une lente adap-

tation au contact des changements incessants des conditions économiques et sociales.

Nous examinerons dans trois paragraphes successifs comment le « standard » a fait son apparition tardive à côté de la règle, comment il se distingue de la règle et quelle est la valeur des objections qu'on peut être tenté d'adresser à cette notion.

§ 1. — L'APPARITION DU « STANDARD »
A CÔTÉ DE LA RÈGLE

Dans l'enfance de l'humanité, la vie de l'homme n'était guère compliquée. Une hutte de branchages, des herbes sauvages ou des feuilles ramassées ici ou là, quelques animaux chassés dans la forêt, et voilà l'homme logé, habillé et nourri.

Les rapports sociaux n'étaient pas compliqués ; il suffisait pour les régir de quelques règles élémentaires qui s'affirmaient, se précisaient et, peu à peu, devenaient la coutume de tel ou tel groupement.

A mesure que la civilisation progressait les rapports sociaux se nuanciaient ; la coutume, d'abord inconsciemment obéie comme un mode de conduite pratique, se fortifiait et se traduisait en règles juridiques obligatoires.

Plus tard, on parvint à formuler ces règles juridiques, et même à les codifier. Mais ce qui caractérisait toute ces règles c'était la simplicité, presque la naïveté. Alors la règle juridique visait une hypothèse particulière et lui donnait une solution concrète. « Si quelqu'un appelle un autre « renard », dit la loi salique, qu'il paie trois sous d'or (1).

L'hypothèse, comme on le voit, est précise ; elle est

(1) *Lex Salica XXX, De Conviciis, 4.*

régie par une règle qui n'admet ni interprétation ni pouvoir discrétionnaire. Ce ne fut que plus tard, quand les sociétés humaines eurent acquis un certain degré de civilisation et que les rapports sociaux se furent compliqués, que ces lois simples et tranchantes devinrent plus complexes et plus nuancées. Une élaboration technique et consciente s'est produite dans le domaine juridique qui a formulé, en langue claire et ferme, des règles juridiques, qui a dégagé l'idée générale qui forme la base et le principe de ces règles et, enfin, qui a réuni et classifié dans une conception juridique les règles et les principes se rattachant au même ordre d'idées. C'est ainsi que l'on a obtenu les instruments juridiques variés qui consistent en règles (1), principes et conceptions. Mais, jusqu'ici, on ne faisait, pour dégager les principes des règles et les conceptions des règles et des principes, qu'un travail purement logique, mené par les procédés du raisonnement étroit et par le moyen d'abstractions subjectives souvent trop éloignées des réalités de la vie.

Ce n'est qu'à l'apogée du développement d'un système juridique qu'on peut avoir recours à un instrument d'une nature plus savante. Au lieu de traduire le droit en règles précises et en formules inflexibles et immuables, on se contente de donner de simples directives, « des « standards », de grandes lignes de conduite qui permettent une certaine liberté d'action et une

(1) Le mot « règle » employé ici n'a pas le même sens que le mot « règle » employé un peu plus haut pour désigner les règles trop précises de la loi salique, par exemple. En effet, dans la terminologie française le mot « règle » implique une certaine généralité. Le mot anglais « rule » indique mieux des lois du genre des « *leges barbarorum* ». LAMBERT, *Le Gouvernement des juges*, Paris, 1921, p. 205 in fine (n° 1).

adaptation beaucoup plus souple aux circonstances variables de la vie sociale. C'est ainsi que, dans le droit romain, on doit arriver jusqu'à l'époque classique pour trouver le « standard » de « bonne foi » pour les « negotia bonæ fidei », le « standard » des soins d'un bon père de famille pour la notion de faute et pour l'usage par l'usufruitier. Dans le droit anglais et le droit américain « les standards » sont aussi des développements tout récents. Ce n'est qu'au xix^e siècle qu'on trouve le « standard » de « due care » dans la « law of torts », le « standard » de « reasonable service and reasonable facilities » dans la « law of public utilities », le « standard » de « due process of law » en matière de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis, le « standard » de la « rationalité » dans la matière des « restraints of trade ».

L'apparition du « standard » est donc un phénomène tout récent relativement à la règle qui est aussi vieille que le droit lui-même (1). C'est un phénomène qui correspond à la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir. C'est aussi un signe que le système juridique est arrivé à un haut degré de perfection, du fait même qu'il a à sa disposition des instruments différents appropriés aux différentes situations, qu'il est appelé à régir. En effet, un système juridique perfectionné, dans un état social avancé, doit posséder, suivant une classification ingénieuse proposée par le doyen Roscoe Pound dans une très suggestive communication faite en 1919

(1) « Entre ces institutions de la loi moderne, qui impliquent des nuancements subtils et des instructions expertes et l'universalité simpliste des règles des XII Tables et des « *leges barbarorum* », il y a la culture de deux milliers d'années. » POUND, *XLIV Am. Bar Ass. Reports*, 458.

au Congrès de « l'American Bar Association (1) » quatre catégories d'instruments juridiques : règles, principes, conceptions et « standards (2) ». Si les règles visent des faits précis, les principes se dégagent des règles, et les conceptions ordonnent et systématisent les règles et les principes. Les « standards », par contre, ne visent pas des faits précis, mais donnent une mesure moyenne de

(1) *The administrative application of legal standards*, XLIV, *American Bar. Ass. Reports*, 445-463.

(2) « J'ose penser, a dit le doyen Pound (p. 454), que nous pouvons mieux comprendre la question en faisant la distinction entre les règles (rules), les principes, les conceptions et les standards. Cela peut paraître indûment complexe ; mais la vie, que le droit a pour fonction de régir est complexe, et le droit moderne doit avoir, et a, des instruments divers pour ce but. »

Le doyen Pound procède ensuite à la définition de chacune de ces quatre catégories. La règle (rule) est une solution de détail qui s'applique toutes les fois que la même espèce de litige se représente devant les juges. Le principe rapproche quelques règles pour en dégager l'idée commune et pour en tirer de nouvelles déductions. La conception unit à son tour des groupes de principes en une synthèse féconde. « Elle poursuit un idéal de justice abstraite, dit M. Lambert dans son résumé de la classification du doyen POUND, (*Le Gouvernement des juges*, p. 205-206) où tous les rapports juridiques individuels doivent être classés, après élimination de ce qui constitue leur individualité propre, en catégories dont chacune est réglée par un précepte légal d'une inexorable logique qui s'applique automatiquement à tous les cas rentrant dans cette catégorie, sans se laisser fléchir par la considération des iniquités individuelles et des méfaits sociaux auxquels il peut aboutir dans telle ou telle espèce déterminée. » Le « standard » est une mesure moyenne de conduite sociale correcte, qui repose sur des notions de moralité civique ou commerciale courante, qui ne peuvent pas être définies par des méthodes exactes et certaines de logique légale. Sur un résumé et un commentaire de la communication du doyen Pound et une bibliographie de ses développements antérieurs sur la jurisprudence mécanique, l'application administrative du droit, l'interprétation politique de la jurisprudence, voir LAMBERT, *Le Gouvernement des juges*, *ibid.*, p. 204-210 ; *ibid.*, p. 245-248 ; EL ARABY, *La conscription des neutres*, *ibid.*, p. 245-248.

conduite sociale correcte dans les domaines mouvants du droit. Ici, ne peuvent suffire les règles immuables, ni les principes élaborés d'une façon abstraite au moyen de procédés logiques où, suivant une expression heureuse de M. Saleilles (1), « les syllogismes s'échafaudent les uns sur les autres, pour aboutir à une Somme magistrale, isolée de toute influence extérieure, qui, bien qu'il s'agisse d'œuvre juridique, peut n'avoir rien de commun, ni avec la justice, ni avec l'équité, ni avec l'utilité sociale, mais qui sera un beau chef-d'œuvre de logique ».

Un système juridique perfectionné doit avoir, par conséquent, dans le domaine de l'activité économique qui échappe, par sa nature fuyante et son évolution incessante, à toute réglementation stricte et rigide, une série de « standards » qui peuvent se plier aux nécessités économiques et s'adapter aux transformations qui les modifient sans cesse.

Avant de terminer cet aperçu rapide de l'apparition du « standard » à côté de la « règle », il n'est pas inutile de dire quelques mots de l'existence des « standards » dans le système français moderne. Ce système, après la grande codification napoléonienne, paraissait condamné à la stérilité et à l'immutabilité. Il est vrai qu'il contenait les instruments aptes à régir la vie juridique au moment de la codification : des règles perfectionnées, des principes et des conceptions résultant d'une longue évolution historique et de l'amalgame scientifique par les plus grands jurisconsultes du droit ro-

(1) Voir la préface, de SALEILLES, à l'ouvrage de M. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 2^e édition, 1919, p. xviii.

main et du droit coutumier, et même quelques « standards » hérités du droit romain. Mais le ^{xix}^e siècle était un siècle de progrès rapides et de transformations économiques profondes. Avec l'évolution des conditions de la vie, le système français vieillissait et s'éloignait de l'esprit du temps. Ce n'était pas l'école classique d'interprétation logique et stricte qui pouvait insuffler aux codes surannés un esprit nouveau. La méthode traditionnelle, dont on trouve une analyse minutieuse dans l'ouvrage de M. Génys sur la Méthode d'Interprétation et les Sources en Droit Privé Positif, prenait le Code comme un tout qui pouvait se suffire à lui-même. Cependant, il ne s'agissait en somme que d'une simple fiction, puisqu'il est impossible au législateur de tout prévoir.

On a eu recours, pour les questions nombreuses qui n'étaient pas prévues par le législateur, à des procédés logiques et artificiels pour trouver des solutions aux problèmes qui échappaient complètement à sa prévision. On a admis que tout principe juridique devait être poursuivi jusqu'à ses extrêmes conséquences suivant les règles de la logique. On a pu ainsi développer toute une doctrine homogène d'une fixité qui satisfaisait largement au besoin de la sécurité des relations juridiques, mais qui ne répondait nullement à l'autre besoin, aussi impérieux, de l'adaptabilité du droit aux nécessités de la vie. A cet excès de logique de l'école classique, la jurisprudence, directement aux prises avec les réalités, n'a pas pu se plier. Un divorce s'est produit entre la jurisprudence et la doctrine au cours du ^{xix}^e siècle. La science du droit était envisagée d'une façon purement académique à l'Université, et appliquée d'une façon purement empirique au Palais. Mais comme la jurisprudence n'avait pas trouvé de soutien dans la

doctrine pour élaborer la méthode d'interprétation qui adapterait le droit aux faits, et comme les textes du droit étaient trop rigides pour se plier d'eux-mêmes aux faits qui se montraient, cependant, plus puissants que les textes, la jurisprudence a été amenée peu à peu à délaisser les voies de la loi pour celles de l'équité et à substituer le jugement en fait au jugement en droit. Cette orientation inquiétante de la pratique judiciaire n'était que « la manifestation de dérèglements subis par l'appareil d'interprétation légale faute d'adaptation aux tâches nouvelles que lui impose la marche de la vie sociale (1) ».

Enfin la doctrine, délaissée et ayant perdu toute valeur pratique, fut obligée de modifier sa méthode. Vers la fin du XIX^e siècle, un grand mouvement doctrinal s'est produit dans le but de chercher une nouvelle méthode d'interprétation qui vivifie les textes législatifs flétris et anime les codes vieilliss d'un esprit plus conforme au temps. Les initiateurs de ce mouvement ont réussi, presque complètement, dans leur critique de l'école classique et de ses abus d'abstractions logiques, mais ils n'ont pas obtenu un succès égal dans la construction d'une méthode nouvelle. Il est évident que détruire est beaucoup plus facile que construire. Néanmoins, deux courants d'idées, parmi la confusion inévitable d'opinions, se sont plus ou moins nettement dessinés. Une méthode d'évolution historique posait en principe que tout se ramène à la loi écrite, mais que toutes les créa-

[(1) *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, préface de M. LAMBERT, p. XVIII. Voir aussi la préface de M. LAMBERT au livre de Georges CORNIL, *Le Droit privé. Essai de Sociologie juridique simplifiée*, t. II de la Collection internationale des juristes populaires, Giard, 1924. Cf. aussi EL-ARABY, *La conscription des neutres*, I. c., p. 255.

tions doctrinales ou jurisprudentielles doivent influencer sur le droit écrit, en modifiant peu à peu l'interprétation primitive des formules légales. « Entre la conception vivante qu'enserme le texte, — disait Saleilles dans sa préface à l'ouvrage de M. Gény, « Méthode d'interprétation (1) » —, et les appoints qui lui viennent du dehors, de la vie économique et du milieu social, se fait un échange incessant d'actions et de réactions, par où se réalise le progrès juridique, sans secousse profonde, sans à coup et sans révolution brusque, par la seule intervention de la jurisprudence, non plus chargée de s'asservir à un texte mort, mais seul pouvoir effectif qui ait pour fonction de développer un texte incessamment vivant. C'est à elle de ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires, et en même temps de plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble, dont la logique crée la certitude pour les intérêts privés, en même temps qu'elle défie l'arbitraire, qui est la menace incessante de toute méthode subjective ».

C'est une méthode « dont le propre, comme disait encore Saleilles (2), fût de vivifier les codes, au lieu de la substance qu'ils empruntaient à leur propre fonds, par l'afflux de tous éléments de vie successive qui leur venaient du dehors. Loin de se replier sur eux-mêmes, ils s'ouvraient au monde extérieur, non pour se laisser envahir ou dominer par lui, mais pour s'y adapter et le dominer, l'encadrer dans leur propre discipline, et traduire en monnaie juridique, ayant la frappe qui leur

(1) *L. c.*, p. xx.

(2) *L. c.*, p. xix.

est propre, toutes les relations nouvelles issues du développement de la vie (1) ».

Cependant, on voit que, dans cette méthode historique et évolutionniste, subsiste encore une part de fiction qui consiste à faire rentrer dans la loi ce qui ne vient pas d'elle et à greffer sur elle des ramifications qui lui sont étrangères.

Ce serait dénaturer l'essence même de la loi écrite que de l'envisager comme un produit immédiat et direct du milieu social ambiant, tandis qu'elle est en effet le produit de l'activité consciente et réfléchie du législateur. Si la loi écrite, interprétée fidèlement selon la volonté exacte du législateur, ne peut pas d'elle-même s'adapter aux situations diverses qu'elle est destinée à régir, ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de remédier à ce défaut, c'est au législateur lui-même qu'il incombe de formuler la loi de façon à donner à celui qui l'applique la latitude nécessaire pour adapter le texte aux situations diverses. En d'autres termes, le législateur n'a qu'à donner à la loi une forme souple au lieu de lui donner la forme d'une règle précise, qu'on est forcé de dénaturer en voulant l'adapter.

C'est contre cette fiction de la méthode évolutionniste (2), — prétendre interpréter les textes tout en les

(1) Voir aussi DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, éd. de 1880, t. I, n° 281 *in fine* ; TURGEON, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1895, t. XXX, p. 216.

(2) Comme exemple des abus commis par cette méthode d'interprétation, voir GÉNY (*Méthode d'interprétation*, t. I, p. 260) ; il cite comme exemples, notamment l'inaliénabilité de la dot mobilière établie par la jurisprudence sur des textes dont le silence présentait un sens contraire. La jurisprudence a aussi paralysé l'application de l'article 900 c.c. par la théorie de la cause impulsive, tout en consacrant, d'autre part, le caractère impératif de cette disposition légale.

dénaturant, — qu'un deuxième courant d'idées, représenté principalement par M. GénY (1), s'est dressé. D'après lui il faut laisser au domaine de la loi uniquement ce qui vient d'elle, et reconnaître, à côté d'elle, d'autres sources parallèles ayant une valeur juridique positive : la coutume et la nature des choses positive découverte par la libre recherche scientifique. Sans parler du caractère vague de cette notion fondamentale dans la thèse de M. GénY, — la nature des choses positive (2), — nous nous limitons ici à la constatation que, dans le domaine propre de la loi écrite, sa méthode, comme l'a fait remarquer M. Lambert dans son ouvrage *La Fonction du Droit civil comparé* (3), ne se différencie pas de la méthode classique ». Elle repose, a dit M. Lambert, sur le même postulat fondamental de l'immobilité. « M. GénY condamne sa méthode à produire, quoique sur un champ moins large d'application, tous les fâcheux effets de la méthode de l'école des interprètes du Code civil, notamment la dissociation du droit théorique et du droit usuel ».

Ce qui manquait à ces écoles récentes, en quête uniquement d'une nouvelle méthode d'interprétation, c'est-à-dire d'une nouvelle politique judiciaire, c'était de chercher aussi une nouvelle politique législative, qui amène le législateur à traduire la loi en des formules

Elle a fait échec à la prohibition des substitutions par le moyen du double legs conditionnel subordonné au décès d'un premier bénéficiaire. Elle a limité arbitrairement le principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat proclamé par des lois formelles.

(1) Dans son ouvrage: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

(2) Pour une critique de cette notion, voir LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 35 et suivantes.

(3) *L. c.*, p. 35.

souples, et à faciliter ainsi la tâche de l'interprète dans son travail d'adaptation. Il faut saisir le cours d'eau à sa source même pour mieux le diriger. Tant que le législateur lui-même ne suivra pas une bonne méthode, l'interprète ne pourra s'acquitter de sa mission d'adaptation qu'en dénaturant les textes, — c'est le cas de la méthode évolutionniste, — ou qu'en renonçant à toute adaptation dans une partie du droit, tout en adaptant l'autre d'une façon trop arbitraire, — comme le fait la méthode de la libre recherche scientifique. Il faut que le législateur, en face de la complexité croissante de la vie sociale, recoure à des instruments nouveaux et plus complexes, renonçant à la prétention de tout régir au moyen de règles fixes et immuables. Il faut qu'il se serve, dans le domaine de l'activité économique qui échappe à toute réglementation minutieuse, du mécanisme plus souple des « standards », qui peut mieux s'adapter aux transformations fréquentes dans ce domaine.

Ce n'est pas dire que les standards n'aient pas encore fait leur apparition dans le système français. En dehors même des « standards traditionnels » hérités du droit romain, et en dehors de quelques lois récentes (1) qui adoptent des « standards » originaux, la jurisprudence civile, et surtout la jurisprudence administrative, ont élaboré, dans différents domaines du droit, d'autres « standards » ; et nous aurons occasion de signaler ailleurs quelques-uns d'entre eux. Mais le système français ne peut pas prétendre être, à ce point de vue, le rival du système anglais, et surtout du système américain.

(1) Entre autres nous citerons la loi du 21 janvier 1918 relative aux marchés à livrer et aux autres contrats commerciaux conclus avant la guerre, la loi du 9 mars 1918 relative aux modifications apportées aux baux à loyers par l'état de guerre.

§ 2. — LA NOTION DU STANDARD OPPOSÉE A LA NOTION
DE LA RÈGLE

Après avoir constaté l'apparition tardive du « standard » à côté de la règle, il convient d'analyser les deux notions pour voir par quels traits caractéristiques elles se distinguent. Le « standard » diffère essentiellement de la règle, et, par conséquent, du principe et de la conception dont la règle est la pierre d'assise, à plusieurs points de vue. C'est en examinant ces différences qu'on peut saisir la portée de chaque notion. Le « standard » diffère de la règle dans sa nature, dans son fonctionnement et dans son domaine d'application. Reprenons successivement ces trois points de vue.

A. Différence quant à la nature.

Examinons d'abord la nature de la règle. Il y a règle juridique toutes les fois que le droit (soit écrit, soit non écrit), prévoit une hypothèse déterminée et lui donne une solution fixe. La règle juridique se distingue donc par un trait caractéristique : la fixité, soit quant aux faits prévus, soit quant à la solution applicable à ces faits. Grâce à cette précision, celui qui est chargé d'appliquer une règle juridique, fait un travail presque mécanique. Il n'a qu'à vérifier si les faits prévus se sont produits ; si oui, il doit y appliquer la solution toute prête, donnée par la règle.

On trouve dans les lois pénales de nombreux exemples de règles juridiques. La définition précise des délits a une importance de premier ordre dans ce domaine. Les autres domaines du droit : le droit civil, la procédure, le droit commercial, etc., abondent en exemples de règles

juridiques (1). Ce qu'il importe de retenir c'est le caractère précis de la règle.

Examinons maintenant comment on dégage les principes juridiques. Le principe n'est pas, comme la règle, une solution précise applicable à une hypothèse déterminée. C'est une idée générale qu'on dégage de plusieurs règles liées entre elles par une certaine relation logique. Il est rare qu'une loi écrite formule des principes (2). Le plus souvent c'est l'interprète qui dégage les principes juridiques par un travail purement logique. Il rapproche plusieurs règles qui ont un lien commun entre elles et s'efforce à trouver, par un procédé d'induction, quel est le lien commun, ou le principe, qui est à la base de toutes ces règles. Le principe de l'enrichissement sans cause, celui du risque, ne sont nullement formulés en termes exprès dans le Code civil français ; ils sont dégagés de plusieurs articles et de plusieurs solutions d'espèces. Le principe juridique est donc d'une portée plus générale que la règle ; il ne vise pas des faits précis, mais il formule une idée générale. Il se caractérise, non pas par la précision, mais par l'abstraction logique. Quand on dégage un principe de certaines règles, on est obligé d'éliminer toutes les particularités des

(1) « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, dit l'art. 2262 C. c. sont prescrites par trente ans. » « Le délai pour interjeter appel, dit l'art. 443 C. pr. c. sera de deux mois ; il courra, pour les jugements contradictoires, du jour de la signification à personne ou domicile. » On peut, en feuilletant les codes, multiplier indéfiniment les exemples de règles juridiques.

(2) Comme exemples de principes formulés par des lois on peut citer l'article 2279 C. c. « En fait de meubles la possession vaut titre », et l'article 1382 C. c. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

règles, de faire abstraction des milieux particuliers où elles se meuvent, pour ne retenir qu'une conception idéale et purement subjective. On fait de cette conception provisoire et subjective une réalité permanente et objective. Voilà le trait caractéristique, en même temps que le vice indélébile, du principe juridique. Un système qui consiste uniquement en règles fixes et en principes abstraits se réduit fatalement en « catégories logiques, qui sont prédéterminées par essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles, par conséquent, de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie (1) ».

Examinons, maintenant, la nature du « standard » pour l'opposer à la règle et au principe. Le « standard » est, comme nous avons déjà vu, une directive générale, une grande ligne de conduite. Il guide le juge dans l'application du droit, et lui fait pénétrer l'esprit et la finalité des institutions juridiques, tout en lui laissant une liberté d'action et un pouvoir discrétionnaire pour mieux adapter le droit aux faits en présence. Opposé à la règle, le « standard » n'a pas la précision de cette dernière. Il ne vise pas des faits déterminés et précis pour leur donner une solution juridique invariable et inflexible. A la rigidité de la règle on peut opposer la souplesse du « standard », qui se borne à donner, en termes généraux, la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées, laissant au juge le soin d'adapter cette mesure à chaque espèce particulière. Le « standard » de la « rationalité »

(1) GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. I, p. 129 ; voir aussi STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive*, trad. Peisse, t. II, 1866, p. 207.

en matière de « restraints of trade », pour prendre l'exemple que nous allons étudier ici, ne donne qu'une directive générale qui aide le juge à trouver la solution la mieux adaptée à chaque situation économique et sociale. Il dépend d'un examen minutieux de chaque espèce que telle ou telle restriction à la liberté de travail soit ou ne soit pas raisonnable. On cherchera quels sont les intérêts économiques qui entrent en jeu et quels sont ceux qui sont dignes de protection. Le juge a, pour faire cette adaptation, un pouvoir discrétionnaire.

Pour mieux faire ressortir le contraste entre la règle et le « standard », formulons une règle qui remplacerait le « standard » dans ce domaine des « restraints of trade », et examinons la différence entre les deux notions. Prenons, par exemple, la règle jadis établie par la jurisprudence anglaise que toute restriction générale à la liberté de travail est nulle. Voilà une règle précise. Le juge, dans l'application de cette règle, n'a qu'à voir si la restriction soumise à son examen est générale ou partielle. S'il la trouve générale, il n'a qu'à mettre en marche l'appareil juridique d'une façon purement mécanique et il appliquera inéluctablement la solution de la nullité. La restriction pourrait être, malgré son caractère général, nécessaire au stipulant et au public, et même à l'intérêt du promettant lui-même ; peu importe ; le juge n'a pas à regarder tout cela ; il n'a qu'à appliquer une règle préétablie, sans se soucier des intérêts économiques multiples qui entrent en jeu. Si l'on remplace cette règle rigide par le « standard » de la rationalité, comme l'a fait la jurisprudence anglaise, on aboutit à un résultat tout à fait différent. Au lieu d'appliquer une règle qui fixe à l'avance les restrictions diverses à la liberté du travail, en les envisageant schéma-

tiquement et par catégories, on appliquera un « standard » qui ne se prononce sur la valeur de chacune de ces restrictions qu'une fois qu'elle est entrée dans la voie de la réalisation, et la juge d'après ses effets actuels en faisant état de toutes les contingences qui contribuent à lui donner sa signification pratique (1).

Pour résumer l'opposition entre la nature de la règle et celle du standard, on peut dire que la règle, du fait même de sa précision, est rigide ; elle s'adapte très mal aux situations économiques diverses qu'elle peut être appelée à régir ; que, par contre, le « standard », se bornant à donner une directive générale, est empreint d'une souplesse qui lui permet de s'adapter aux situations diverses.

Examinons, maintenant, une distinction plus délicate : la distinction entre la nature du « standard » et celle du « principe ».

On a vu que la précision n'est pas le trait caractéristique du « principe » ; celui-ci ne donne qu'une idée générale, à peu près comme le « standard ». Quelle est donc la différence entre les deux ? Si l'on emploie le mot « principe » dans un sens plus ou moins flou pour désigner une idée générale, le « standard se résumera en un « principe », puisque la directive qu'il donne n'est, elle aussi, qu'une idée générale et ne renferme aucune précision. Mais si l'on emploie ce terme « principe » dans le sens technique que lui donnent les interprètes classiques du Code, c'est-à-dire comme désignant une idée

(1) Cf. TRUCHY, *Cours d'Economie politique*, 2^e éd., Paris, 1923, t. I, p. 92 : « Il y a, dans toute circonstance, trop d'issues ouvertes à l'action humaine pour que l'on puisse à l'avance, sur la foi d'un principe, déterminer celle qui sera choisie, et l'observation seule, non le raisonnement, peut nous apprendre à connaître la vie. »

générale dégagée de certaines règles par voie d'induction, en éliminant les particularités de ces règles et en procédant par abstractions logiques, on verra que les deux notions sont essentiellement différentes. En établissant un « standard » le droit, comme l'a remarqué le doyen Pound (1), ne cherche pas à généraliser en éliminant les circonstances particulières, ni à particulariser en les comprenant ; tout ce qu'il cherche à faire, c'est à formuler, dans un langage juridique, ce qu'il entend être la manière normale de se conduire dans l'activité juridique, en laissant au juge le soin d'appliquer cette mesure à la conduite des personnes déterminées dans des circonstances déterminées. Il n'y a pas de généralisations ou d'abstractions, puisque, par son essence même, le « standard » suppose qu'il y a différentes manières de se conduire suivant les circonstances. Il n'y a pas, non plus, de particularisations, puisqu'il ne vise pas un cas particulier dans des circonstances particulières. On ne saurait exprimer, a dit le doyen Pound (2), en une formule concrète et descriptive, applicable à tous les conducteurs et dans quelques circonstances qu'ils conduisent, ce qu'est exactement le « standard » de prudence nécessaire auquel ils doivent se conformer dans la conduite de leurs voitures (« due care in driving »). Et il n'est pas possible non plus de définir abstraitement, pour un chemin de fer abstrait traversant une région abstraite, le contenu positif du « standard » de « service raisonnable », pour être appliqué, par des procédés logiques, à tous les chemins de fer. Ce sont des « stan-

(1) *The administrative application of legal standards*, l. c., p. 456.

(2) *The administrative application of legal standards*, l. c., p. 457.

Voir aussi LAMBERT, *Gouvernement des juges*, l. c., p. 206.

dards » conçus pour guider les juges du fait ou les commissions administratives (1) dans l'application à chaque cas particulier d'une solution conforme au bon sens résultant de leur expérience. »

En un mot, tandis que le « principe », dans son sens technique, est le résultat d'une abstraction logique et d'une généralisation schématique fort éloignées de la réalité, le « standard » n'a rien d'abstrait. Il se prête, à une application pratique et immédiate. Le « principe » trouve mieux sa place dans les sciences mathématiques et les sciences naturelles, où on peut manier les données et les hypothèses à son gré, en faisant abstraction de la diversité des formes et des particularités de chaque hypothèse. Le « standard », au contraire, trouve mieux sa place dans les sciences sociales, où on ne peut pas négliger les irrégularités qui existent en fait, sans risquer d'aboutir à des conceptions purement idéales et sans aucun rapport avec la réalité.

Nous pouvons, maintenant, résumer l'opposition que nous venons de dégager entre le « standard », d'une part, et la « règle » et le « principe » de l'autre.

Le « standard », directive générale et mesure de conduite, échappe, par sa nature *souple* et *adaptable*, d'une part à la fixité rigide et à la précision inflexible qui rendent immuable la « règle », et, d'autre part, à l'abstraction logique et à la subjectivité excessive qui dénaturent le « principe » et le rendent peu adaptable.

Si l'on examine de plus près encore la nature des « standards » on constate, qu'en fait, ils sont de grandes lignes de conduite, et se résument en quelques direc-

(1) L'auteur se réfère aux commissions administratives aux Etats-Unis, comme, par exemple, « l'Interstate Commerce Commission ».

tives très générales et très peu nombreuses, qui se subdivisent, à leur tour, en des sous-directives plus spéciales et plus précises. On peut les résumer tous en deux directives principales, qui doivent guider la conduite de l'homme dans son activité juridique : la rationalité et l'opportunité ou l'efficacité (« expediency »). Quand on dit que l'homme, dans son activité juridique, doit se conduire raisonnablement, en tenant compte de l'opportunité dans chaque circonstance, on a dit à peu près tout ce que l'on entend être la conduite irréprochable de l'homme. Cependant, si l'on se limite à des directives si générales et si vagues, on est loin de procurer aux relations juridiques la sécurité qui leur est nécessaire. Il faut plus de précision ; dans chaque domaine juridique, il faut subdiviser la directive générale en sous-directives, qui se subdivisent à leur tour et ainsi de suite. Pour reprendre l'exemple de la « rationalité » dans le domaine des « restraints of trade, » on va voir, au cours de ce travail, que la jurisprudence anglaise est parvenue à envisager la rationalité de la clause restrictive à trois points de vue : ceux du stipulant, du promettant et du public. Elle a posé, en envisageant chaque point de vue, certaines sous-directives qui précisent mieux dans leurs domaines spéciaux la directive générale de la rationalité, qui est à la base de toute la matière.

B. Différence quant au fonctionnement.

Les différences de fonctionnement de la règle et du « standard » sont la conséquence de leur différence de nature. Différences d'abord quant à leur mode d'application, et ensuite quant aux résultats auxquels ils aboutissent.

L'application du « standard » est empirique, et aboutit à la justice individualisée. L'application de la « règle » et du « principe » est logique et aboutit à la justice abstraite. Reprenons successivement ce double point de vue.

a) *Mode d'application.* — Quand il s'agit d'une « règle » ou d'un « principe », l'application se résume en un procédé logique purement déductif. La logique est la pierre d'assise dans le système classique des « règles » et des « principes » : logique inductive pour dégager les principes de l'ensemble des règles, et logique déductive pour appliquer les règles et les principes aux cas d'espèce. Cette méthode classique veut atteindre le plus haut degré de sécurité dans les relations juridiques, même au détriment des facilités d'adaptation du droit à la vie pratique. C'est par l'application mécanique de règles fixes et de principes tirés rigoureusement par une analyse logique de l'ensemble de la tradition légale qu'elle a cherché à atteindre son but. Quand un cas particulier se présente, s'il y a une règle qui le prévoit strictement, on doit l'appliquer suivant une logique étroite. S'il n'y en a pas, il faut alors se reporter aux règles qui touchent de plus ou moins près au cas à résoudre, et en dégager le principe suivant la méthode inductive. Une fois le principe dégagé, les conséquences doivent en être déduites avec la plus impitoyable logique (1). Comme la vie ne pourrait pas être soumise à cette logique, l'application mécanique des règles et des principes aboutit à la substitution aux éléments

(1) Voir, pour quelques exemples intéressants de cette application logique, GÉNY, *Méthode d'interprétation*, I, p. 48 et suiv.

substantiels de la vie juridique de notions artificielles et abstraites, qui condamnent tout le système à la stagnation et à la stérilité. Nous insisterons, plus loin, sur ce résultat fâcheux.

Voyons, maintenant, le mode d'application du « standard ».

Celui-ci, étant par définition une grande ligne de conduite, une directive générale, laisse au juge qui l'applique un certain pouvoir discrétionnaire. Il ne se prête pas, par sa nature même, à une application mécanique. Son application doit être basée, non pas sur des procédés logiques et des raisonnements subjectifs, mais sur l'intuition et l'expérience, la connaissance de la vie sous tous ses aspects objectifs. Il s'agit ici d'une application empirique, et non pas logique. Pour décider si telle ou telle restriction à la liberté de travail est raisonnable ou non, le juge est obligé de sortir de la subjectivité et de l'abstraction pour entrer dans un domaine objectif et pratique, et envisager les relations économiques comme elles sont, et non pas comme il conçoit qu'elles devraient être, pour analyser minutieusement la situation de chaque partie, et examiner sous leurs divers aspects les intérêts multiples qui sont en présence, et les répercussions que la clause restrictive pourrait avoir sur eux. C'est un travail délicat et de longue haleine, mais un travail qui répond mieux aux réalités et qui puise directement aux sources de la vie elle-même. Le juge fait un travail d'expert. Comme il s'agit d'une question qui touche de très près à la vie, il faut en avoir une connaissance intime. Les conceptions pures, les catégories artificielles, les abstractions logiques ne servent à rien.

Il faut résoudre chaque question à la lumière de l'expérience et selon les données pratiques des sciences

sociales (1). Il y a, donc, un vaste domaine de connaissances techniques, pratiques et scientifiques que le juge doit s'approprier pour arriver à appliquer intelligemment un « standard ». Cela explique une tendance récente du système américain. Celui-ci se contente, dans le domaine le plus mobile de l'activité économique, d'établir des « standards », et d'en confier l'application, non à des tribunaux judiciaires qui ne possèdent pas suffisamment les connaissances requises pour cette application, mais à des commissions administratives composées d'experts techniques et mises sous le contrôle judiciaire. Le doyen Pound, dans la communication à laquelle nous avons fait allusion (2), a dit : « Le changement d'une société, où la propriété et le contrat étaient de première importance en une société où la conduite des entreprises est, tout au moins, d'une égale importance, le changement d'un régime économique où la justice pouvait, sans inconvénient, n'intervenir que pour réparer un fait accompli, et en prenant son temps, en un régime où les exigences de la vie économique rendent nécessaire une justice préventive qui agisse rapidement : ces changements ont fait qu'on compte beaucoup plus sur des « standards » que sur des règles, et qu'on porte plus d'attention à l'application même d'un précepte juridique qu'à son contenu abs-

(1) « Aujourd'hui, a dit le doyen Pound dans sa communication : *The administrative application of legal standards*, l. c., p. 449, on ne raisonne pas suivant des systèmes arrêtés ; on ne cherche pas à arrêter tout changement au moyen de postulats rigides d'où l'on doit déduire par des procédés logiques les détails qui conviennent à chaque époque. »

(2) *Administrative application of legal standards*, *Reports of American Bar Association*, vol. XLIV, 1919, p. 445.

trait (1) ». Le doyen Pound a aussi fait remarquer qu'aux Etats-Unis et en Angleterre, après une prédominance du pouvoir législatif, puis du pouvoir judiciaire, une prédominance du pouvoir exécutif s'accuse nettement. Il compare, très ingénieusement, l'application mécanique des règles et l'application expérimentale des « standards », aux produits en série d'une machine, qui s'adapteraient tant bien que mal à leurs divers emplois, et à l'œuvre, bien appropriée pour l'emploi auquel elle est destinée, faite par un artisan habile.

Nous aurons l'occasion ailleurs de montrer plus exactement les rapports naturels du « standard » et de l'application administrative du droit. Pour le moment, nous nous bornerons à faire remarquer que, dans certaines matières qui demandent une vaste connaissance technique, le juge n'est pas à sa place pour appliquer un « standard » qui exige toutes ces connaissances. Une commission est beaucoup mieux qualifiée. Ses membres, qui sont habituellement des experts techniques, résolvent les problèmes présentés à leur examen avec beaucoup plus d'habileté et moins de formalités que les tribunaux judiciaires, alors même que ceux-ci auraient recours à l'expertise technique. Dans cette hypothèse, outre la complexité de procédure et les formalités inutiles qui s'y rattachent, — surtout l'inconvénient de recourir à un expert qui, en fait, tranche la question sans en avoir la responsabilité, — on ne gagne rien en commençant à faire passer l'affaire devant un tribunal judiciaire, si elle est destinée à être tranchée en définitive par l'expertise.

En résumé, dans l'application du « standard », con-

(1) *L. c.*, p. 447.

trairement à celle de la règle et du principe, on a recours à l'intuition, et non pas au raisonnement, à l'expérience et non pas à la logique.

b) *Différence quant au résultat obtenu.* — Puisque, dans l'application du « standard », on a recours à l'expérience et non pas à la logique, la justice obtenue par cette application sera une justice concrète ; en d'autres termes, nous aurons, grâce à l'application des « standards », ce que nous pourrions appeler l'individualisation de la justice, mouvement comparable à celui de l'individualisation de la peine, qui n'en est, en somme, qu'une simple application. D'autre part, puisque dans l'application du « standard » nous n'avons pas recours à des procédés rigoureux de logique, cette application souple entraînera le droit sur une voie d'adaptation conforme à la loi universelle d'évolution. Donc, d'une part, individualisation de la justice opposée à la justice abstraite, — avantage particulier qui concerne chaque espèce soumise au système des « standards » —, et, d'autre part, évolution et progrès du droit opposés à sa stagnation et son immobilité, — avantage général qui concerne l'ensemble du droit — : voilà les deux différences, aussi bien que les deux avantages, obtenus par l'application empirique des « standards » opposée à l'application logique des « règles ».

a) *Individualisation de la justice.* — Par l'application logique des règles et des principes on obtient, pour reprendre l'image du doyen Pound, des solutions identiques fabriquées par la même machine. La justice n'est pas concrète ; on ne tient pas compte des particularités qui caractérisent chaque espèce. On procède par généralisations et abstractions, en traitant des cas pratiquement différents sur le même pied ; on aboutit tout na-

turellement à une solution abstraite qui s'accommode très mal du cas particulier qu'on vise, tout en étant une conséquence très logique de la règle ou des principes d'où on l'a tirée. Dans les mathématiques, on pose habituellement une hypothèse qui est une pure supposition ; on raisonne dans l'abstrait et on arrive ainsi à une solution exacte du problème qu'on a posé. De même, dans la plupart des sciences naturelles, on peut préparer d'avance toutes les données du problème : on change, par exemple, la température, on comprime l'air, en un mot, on crée l'atmosphère qui convient à l'expérience qu'on veut faire. Il n'en est pas de même dans les sciences sociales. Les données du problème sont, le plus souvent, étrangères à notre volonté. De plus, n'étant pas identiques dans tous les cas, elles ne peuvent être résolues de la même façon, et ne se prêtent pas à recevoir les solutions uniformes données par une machine juridique. Il faut un artisan habile pour tailler chaque solution à la mesure du cas particulier. Il serait ridicule d'habiller plusieurs personnes de tailles différentes avec des vêtements ayant la même mesure. C'est justement l'absurdité de la justice abstraite à laquelle conduirait l'application de la règle par le moyen des procédés logiques.

Par contre, le « standard » aboutit, dans son application, à un résultat tout différent. Etant une directive générale, il s'adapte à chaque cas particulier et lui donne la solution la plus appropriée, en tenant compte de toutes les particularités qui le caractérisent. Dans le droit pénal, on connaît déjà le mouvement de l'individualisation de la peine. Avant ce mouvement, la loi ne voyait que le crime, et, comme dit Saleilles, « brutalement, mathématiquement, elle appliquait une peine

toute abstraite, sans s'occuper du criminel. Le jury avait en face de lui un homme dont il tenait en main la vie et l'honneur. Comment, fût-il resté indifférent, en face de cet homme, à ce qui se passait dans sa conscience, à ce qu'étaient ses antécédents et toute sa vie antérieure ? Il finissait par être tellement absorbé par la vision de l'individu que, contrairement à la loi, il oubliait le crime. C'est cette adaptation de la peine à l'individu que l'on appelle l'individualisation de la peine (1) ». Il est facile de comprendre que le droit pénal soit le terrain d'élection de cette adaptation. La responsabilité, problème fondamental du droit pénal, est une question purement subjective et psychologique, qui ne sera pleinement résolue qu'en se rapportant à chaque individu pour l'étudier d'une façon concrète, et non pas à un individu type qu'on étudierait dans l'abstrait. Mais si le droit pénal est un terrain naturellement indiqué pour ce mouvement d'individualisation, les autres branches du droit, et surtout le droit civil, doivent aussi faire une place plus ou moins large à une méthode d'application de la loi, qui répond au besoin général d'adapter le droit aux faits, et de donner à chaque problème la solution concrète qui lui convient, en tenant compte de ses particularités. Il est curieux de constater que l'initiateur de ce mouvement d'individualisation en France, M. Saleilles, en a prévu l'extension au domaine du droit civil. Au seuil du premier chapitre de

(1) « Et l'on serait bien tenté, continuait Saleilles, de dire alors qu'il n'y a pas de crimes proprement dits, qu'il n'y a que des criminels. N'est-ce pas déjà la médecine qui aurait formulée cet axiome : il n'y a pas de maladies, il n'y a que des malades. » SALEILLES, *Individualisation de la peine*, Paris, 1898, p. 13.

son ouvrage : *Individualisation de la peine* (1), on relève l'observation suivante : « Il se produit aujourd'hui un mouvement général, ayant pour objet de détacher le droit des formules purement abstraites qui, pour le vulgaire tout au moins, paraissent le soustraire au contact de la vie. Il n'est pas douteux que le droit civil, tôt ou tard, subira une transformation de ce genre. En attendant, c'est par le droit pénal que l'évolution commence ; et on peut dire qu'elle est hardiment commencée. »

Il semble bien que le moment est venu pour le droit civil de subir la même évolution ; et on ne trouvera pas, pour la réaliser, de meilleur instrument que le « standard ». C'est lui qui aidera le juge à individualiser la justice et à adapter l'institution juridique au milieu social qui lui donne sa signification pratique. La règle et le principe ne sauraient suffire. Les institutions juridiques ne doivent pas être de pures conceptions idéales ; elles doivent puiser leur existence dans la vie elle-même. « Destinées à régir les rapports incessamment variables de la vie sociale, a fait remarquer M. Gény (2), c'est des conditions mêmes de la société, et, pour ainsi dire, de son fonds toujours mouvant et complexe, que surgissent les institutions juridiques. C'est par une pénétration plus profonde et plus intime de cette substance vivante qu'elles peuvent se développer et progresser. Comment veut-on, dès lors, qu'elles s'abstraient de ce milieu, qui constitue leur atmosphère vitale et nécessaire pour se transformer en idées pures sans perdre, par là même, toute la vertu qui fonde leur

(1) *L. c.*, p. 5.

(2) *Méthode d'interprétation*, *l. c.*, t. I, p. 132.

efficacité pratique, et leur permet de satisfaire les intérêts dont elles ont charge. »

Inutile d'insister sur notre première proposition ; elle est de toute évidence. Passons à la seconde : l'influence exercée par la règle et le « standard » sur l'ensemble du système juridique.

b) *Evolution et progrès du système juridique.* — L'application logique des règles et des principes condamne le système juridique à la stérilité et à la stagnation. En substituant aux éléments vivants de la vie juridique de pures conceptions idéales, et des notions techniques vides, on rend fatalement le système stérile, parce qu'il ne puise à aucun élément fertilisant, « se replie sur lui-même, et ne s'ouvre pas au monde extérieur pour s'y adapter et l'encadrer de sa propre discipline. Dans un système semblable toutes les dispositions concrètes se servent réciproquement de majeures et de mineures » (1) pour aboutir à un édifice laborieusement et ingénieusement bâti, mais qui n'est qu'une pure conception de l'esprit, peu en harmonie avec les exigences de la vie (2). Le « standard », tout au contraire, s'adapte dans son application à toutes les situations nouvelles et à toutes

(1) SALEILLES, préface à l'ouvrage de M. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, l. c., p. xviii.

(2) On trouvera des illustrations pratiques de l'effet desséchant du système classique sur l'évolution et le progrès du droit dans GÉNY, *Méthode d'interprétation*, l. c., t. I, p. 149 et suiv. Tels les exemples tirés par lui des diverses explications doctrinales données à certaines institutions, comme la masse sociale (personne juridique ou communauté de biens), l'inaliénabilité dotale (incapacité personnelle ou incapacité réelle ?), la maxime « En fait de meubles possession vaut titre » (présomption légale ; prescription instantanée ou acquisition légale ?) l'assurance pour la vie (gestion d'affaires ou stipulation pour autrui ?)

les transformations successives des conditions sociales. Par sa souplesse, il permettra au système juridique de se plier à tous les progrès de la civilisation. Pour reprendre l'exemple des restrictions à la liberté de travail, nous verrons que, tant que la jurisprudence anglaise resta attachée à une règle étroite et rigide, la doctrine des « *restraints of trade* » ne fit pas les progrès qu'auraient exigé le développement des moyens de communication, l'expansion du commerce et la révolution industrielle. C'est à partir du moment où la jurisprudence a consacré définitivement le « *standard* » de la rationalité qu'une évolution réellement active s'est produite. Une vingtaine d'années plus tard, une distinction qui répond fidèlement à la situation économique et sociale s'est opérée, adaptant ainsi la réglementation légale de cette matière aux faits tangibles et aux transformations profondes de l'organisation économique et sociale. On n'a qu'à comparer cette évolution rapide, guidée et dirigée par un « *standard* », à l'évolution lente et malhabile qui, pendant que la jurisprudence était enserrée dans une règle étroite, avait dû s'échelonner sur plus de trois siècles, pour constater la supériorité du « *standard* » sur la « *règle* » quant à leur action sur la marche générale du droit.

La règle et le « *standard* », que nous venons d'opposer l'un à l'autre ne diffèrent pas seulement dans leur nature et leur mécanisme de fonctionnement : ils se différencient également quant à leur cercle naturel d'application.

C. Différence quant au domaine d'application.

Le nouvel élément de dissemblance est la conséquence naturelle de l'opposition entre les buts, les fondements et les méthodes d'action de la règle et du standard.

Par là même que le standard est basé sur l'intuition et l'expérience, qu'il tend à individualiser la justice, et qu'il constitue un stimulant à l'évolution incessante du droit, il est évident que son centre naturel de développement se trouve dans les parties du droit dont la mobilité est la règle essentielle et où la nécessité d'un travail incessant d'adaptation et d'individualisation de la mise en œuvre du droit se fait le plus impérieusement sentir. Tout système juridique a inévitablement à faire face à deux aspirations contradictoires : l'aspiration à la stabilité du droit, et l'aspiration à l'adaptabilité et par conséquent, à la plasticité du droit.

D'une part, la stabilité des situations acquises et la sécurité des opérations juridiques doivent être assurées, mais, d'autre part, le droit doit vivre et se mouvoir pour rester en harmonie avec un milieu ambiant qui va se transformant. Donc stabilité qui implique immobilité d'une part et adaptabilité qui implique évolution, d'autre part. Voilà deux qualités contradictoires, qu'il faut concilier dans tout système juridique (1).

(1) Cf. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. c., p. 44. — « La méthode vers laquelle converge tout l'ensemble du mouvement des études de droit civil auquel nous assistons aujourd'hui, réalise une conciliation très raisonnable entre les deux préoccupations contradictoires dont s'inspirent les jurisconsultes, la préoccupation de faciliter le progrès continu du droit, la préoccupation d'assurer la stabilité et la sécurité des relations juridiques. Ce mouvement, devenu très apparent depuis environ dix ans (ceci a été écrit en 1903) a pris, dans ces deux dernières années, assez d'intensité pour qu'on puisse sans témérité en escompter déjà les effets. »

La nécessité même de cette conciliation est de toute évidence. C'est une tâche beaucoup plus délicate que celle de déterminer sur quelles bases et dans quelles conditions il convient de l'opérer. Il faut évidemment, comme dans toute transaction, sacrifier un peu de sécurité et un peu d'adaptabilité pour pouvoir concilier les deux aspirations des groupes sociaux. Mais comme il est très difficile de faire dans ce sacrifice réciproque une part égale à chaque principe, on est amené à doser les concessions imposées à chacun d'eux au profit de l'autre dans des proportions qui varient avec la nature et la destination des institutions sociales à réglementer. Il y a des relations juridiques qui exigent, avant tout, la stabilité et la sécurité. Il y en a d'autres pour lesquelles, à raison de leur nature changeante, le facteur « adaptabilité » prend encore plus d'importance que le facteur « sécurité ».

Pour la première catégorie, il est évident qu'un système de règles et de principes, qui offre malgré sa rigidité et son abstraction, le maximum de sécurité possible, est le mieux approprié. Pour la dernière, un système de standards souples et adaptables est tout indiqué. Ainsi, se dégagent, par l'action supérieure des lois sociologiques, des domaines propres, sinon de domination, au moins de prédominance, pour les règles et principes d'une part, et pour le « standard » de l'autre.

a) *Le domaine des règles et principes.* — Il est constitué par ceux des chapitres du droit où le besoin de sécurité et de stabilité des relations juridiques l'emporte sur les besoins de souplesse et d'adaptabilité de la jurisprudence.

Il ne faut pas perdre de vue, quels que soient les avantages des standards, qu'il ne s'agit pas de recommander

un système exclusivement composé de « standards ». Pareil système ne saurait satisfaire à tous les besoins pratiques.

L'introduction des « standards » dans un système juridique n'entraîne pas nécessairement l'exclusion des règles et des principes. Il s'agit simplement d'assigner à chacune de ces catégories d'instruments juridiques leur part d'action ; elles sont aussi nécessaires l'une que l'autre.

Notons aussi qu'il ne saurait être question de tracer une ligne immuable de démarcation entre les cercles de compétence de la règle et du standard.

Prétendre séparer les deux domaines par des frontières infranchissables, ce serait méconnaître la mobilité de la vie juridique. Nous ne pouvons donc qu'esquisser une vue générale de ce qui devrait être le domaine propre de la règle, dans notre état actuel de civilisation. Vue de valeur et de portée toutes relatives ; car la question que nous abordons ici changera inévitablement d'aspect avec les transformations futures du milieu social.

Quel est donc actuellement le domaine légitime de la « règle » ? Il est évident que tout le domaine du droit pénal (quant à la définition des délits, et non pas quant à l'appréciation de la peine), est le domaine où la sécurité doit dominer par excellence. Il en est de même pour tout le droit de la procédure qui est essentiellement formaliste et réclame la précision et la fixité. Dans le domaine du droit commercial, la lettre de change et le billet à ordre, leurs formes et leurs effets, ont besoin d'être fixés minutieusement pour assurer la sécurité des opérations de change.

Le droit civil, le régime de la propriété, les droits

réels, les formalités et les effets de l'hypothèque et des autres sûretés, le statut familial, le mariage, la filiation, les successions et les régimes matrimoniaux sont des institutions qui constituent les éléments statiques de l'organisation économique ou sociale d'un pays et qui, à ce titre, se prêtent le mieux à la fixité de la règle. On pourrait multiplier les exemples. Mais il suffit de s'en tenir à cette idée simple : règle et principe doivent régner partout où le besoin de sécurité des relations juridiques l'emporte sur toute autre préoccupation sociale.

b) Le domaine des « standards ».

Ce domaine est constitué par la partie du droit où le besoin d'adaptabilité l'emporte sur le besoin de sécurité. C'est, avant tout, le domaine de l'activité économique et le domaine des rapports entre les classes sociales : domaines en constante évolution (1). L'organisation de l'industrie, les rapports commerciaux, les relations entre le capital et le travail, l'association des personnes et des capitaux, voilà des exemples de problèmes sociaux qui ont été débattus de tout temps sans qu'on arrive à une solution définitive. Les institutions

(1) Sans doute l'évolution, et même la révolution sociale, peuvent atteindre les idées qui paraissent les plus stables et les moins discutables, même dans le domaine ci-dessus tracé pour la règle. On discute, aujourd'hui, des notions qui paraissaient hier au-dessus de toute discussion, telles que les notions de famille, de propriété individuelle, de succession, etc. Mais, tant que ces institutions existent, et dans la mesure où elles existent, la sécurité est ce qui importe avant tout à leur fonctionnement. Il faut que le système juridique, en ce qui les concerne, adopte une solution ou une autre, leur consécration, leur négation ou leur limitation. — Mais il ne saurait laisser sans une réglementation précise des institutions aussi fondamentales dans l'organisation sociale d'un peuple.

juridiques qui correspondent à ces institutions économiques et sociales doivent être aussi souples que possible. La notion de contrat, la notion de la faute, de la société, de la personnalité juridique, le contrat de louage de service, les diverses matières de la législation industrielle et du droit des services publics, telles sont les institutions juridiques, qui doivent être régies plutôt par des standards que par des règles et des principes. Si l'on voulait tracer l'évolution incessante de pareilles institutions, on serait obligé d'écrire toute l'histoire de l'évolution sociale et économique. Il suffit ici de passer en revue, très rapidement, trois mouvements tout récents qui montrent comment les institutions sociales peuvent se modifier du tout au tout, et comment une réglementation détaillée et rigide ne fait que condamner le droit à la stagnation sans arrêter la marche progressive de la société.

1^o *Réapparition de statuts économiques*, qui rappellent les statuts du droit ancien. Dans les sociétés anciennes, comme la société européenne médiévale, l'activité de l'individu était emprisonnée dans une série de statuts permanents, statuts familiaux et corporatifs. Il y avait peu de place pour le contrat dans cette période. Avec les mouvements économiques et philosophiques du XVIII^e siècle, et la prédominance du principe de l'autonomie de la volonté, le contrat a pris la place du statut. Nous assistons aujourd'hui à une réaction ; avec le développement de l'industrie et du commerce, les statuts réapparaissent sous une forme économique beaucoup plus souple. Ces statuts nouveaux sont régis principalement par des standards qui s'adaptent aux espèces particulières. On peut trouver des exemples de ces statuts dans le contrat collectif du travail, les

groupements et les coalitions industriels, et enfin, dans le droit des services d'utilité publique.

2° *Socialisation et moralisation des institutions juridiques* : Une réaction se fait sentir, aujourd'hui, contre l'esprit individualiste et matérialiste qui a marqué le droit pendant tout le cours du XIX^e siècle. On voit apparaître des théories nouvelles qui envisagent le droit sous un angle subjectif et psychologique, et qui font pénétrer la morale dans le domaine juridique. Les théories de l'abus du droit et du rôle du mobile dans le droit civil (1) sont, sinon des créations modernes, tout au moins les affirmations énergiques du réveil d'une tendance qui s'était endormie il y a longtemps. La pénétration de l'esprit socialiste dans la législation moderne est trop connue pour que nous ayons à insister ici. Presque toute la législation industrielle et toutes les institutions modernes sont imprégnées plus ou moins de cet esprit, qui s'affirme de plus en plus avec l'importance croissante du prolétariat industriel.

3° A côté et en conséquence de ces deux mouvements, il y a une tendance récente à envisager un grand nombre de relations juridiques, non plus comme relations d'individu à individu, mais comme relations de groupe à groupe, de classe à classe, voire même de patrimoine à patrimoine. Le mouvement syndicaliste a accentué cette tendance. Des théories nouvelles ont été élaborées. Telles sont, par exemple, la théorie du risque, la théorie de la propriété collective, la théorie des dommages dépassant ceux qui sont les charges normales du voisinage, etc.

(1) Cf. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905 et les deux derniers chapitres de CORNIL. *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Tome 2 de la *Collection internationale des juristes populaires*, 1924.

Nous n'avons pas à entrer dans l'analyse de ces théories. Il suffit de constater que, dans les domaines les plus exposés à des transformations successives, il est évident qu'un système de règles et de principes est inefficace et qu'un système de « standards » sera plus approprié.

Nous avons vu comment la notion de règle s'oppose à la notion de « standard » quant à sa nature, quant à son fonctionnement et quant à son domaine d'application.

Il reste maintenant à examiner quelques objections qu'on pourrait adresser au système des « standards ».

§ 3. — OBJECTIONS QUI PEUVENT ETRE ADRESSÉES A UN SYSTÈME DE « STANDARDS »

On peut prévoir quatre objections à un système de « standards ». La première est la crainte de l'arbitraire du juge : celui-ci aurait un pouvoir trop discrétionnaire qui ne serait limité que par une directive trop vague. La deuxième est la conséquence de la première : dans un pareil système le droit se traduira en des applications concrètes et isolées qui refléteront les tendances personnelles des juges ; on n'arrivera pas à mettre en harmonie, par un développement scientifique, toutes ces opinions personnelles. La troisième objection se fonde sur la crainte d'un excès inverse à l'excès d'arbitraire : il est à craindre que les juges, exagérant dans un sens contraire, n'adoptent toujours les mêmes applications concrètes du « standard » qui finiraient par être des règles aussi rigides que les règles proprement dites. La quatrième objection a pour base le vieux principe de la séparation des pouvoirs ; en confiant au juge

un pouvoir discrétionnaire, on fait de lui un véritable législateur, et on réunit ainsi le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire en la même personne.

A. Arbitraire du juge.

C'est le grief le plus commun, sinon le plus sérieux, qu'on adresse au système des « standards ».

Si l'on donne au juge un pouvoir discrétionnaire pour appliquer un « standard » très vague, ne profitera-t-il pas de ce pouvoir pour donner libre essor à ses tendances personnelles, et pour appliquer ses propres doctrines sociales et économiques ? Ne tomberons-nous pas ainsi dans l'arbitraire le plus déplorable ? La sécurité des relations juridiques ne sera-t-elle pas gravement ébranlée ? Mais cette objection n'est grave qu'en apparence. Quand on l'examine de près on trouve aisément le point faible de l'argument. Pour le reprendre sous une forme précise, il se résume en ceci : le système logique des principes et des règles assure, malgré ses défauts, la stabilité du droit, tandis que le système des « standards », malgré ses avantages, sacrifie trop cette stabilité. On peut répondre immédiatement que les deux parties de cette formule sont inexactes. D'une part, le système logique n'a jamais assuré la stabilité du droit aussi bien que l'on prétend. D'autre part, dans le système des « standards » la stabilité du droit n'est pas moins grande que dans le système logique. Reprenons ces deux affirmations.

On croit que dans un système logique on trouvera une solution fixe pour tout problème, ou bien directement dans les sources positives du droit (lois écrites, coutume, etc.), ou bien indirectement dans l'interpréta-

tion logique de ces sources. On peut montrer sans grand'peine la vanité de cette croyance. La loi, comme toute œuvre humaine, est fatalement incomplète. Le législateur, si prévoyant qu'on le suppose, est incapable d'embrasser dans son entier la synthèse du monde où il se meut, et de connaître tous les rapports sociaux possibles à son époque, et, à plus forte raison, tous les rapports futurs. Il faudra donc recourir à l'autre moyen pour trouver la solution qui manque dans la législation : l'interprétation logique et les principes abstraits. Pour la plupart des questions qui se présentent quotidiennement devant les tribunaux, il n'y a pas de texte précis qui les vise directement. Les tribunaux recourent alors à l'interprétation de l'ensemble des textes pour en dégager les principes applicables. Mais c'est précisément dans ce travail d'abstraction et de généralisation que le juge et l'interprète en général donnent le plus libre essor à leurs tendances personnelles. La plupart de ces constructions théoriques, édifiées de toute pièce par l'interprète, n'ont comme base qu'une vague tradition où la fantaisie personnelle de l'interprète lui-même (1).

(1) Cf. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, l. c., t. I, p. 217 : « Il y a pure illusion à penser que le jeu de l'interprétation des textes, combiné avec l'enchaînement des conceptions logiques, quelle qu'en soit leur valeur intrinsèque, comme mode d'appréciation du droit positif, constitue un organisme d'interprétation catégorique, qui puisse soustraire les solutions à la mobilité des appréciations subjectives. Il suffit de considérer la variété infinie, sur chaque question notable, des opinions et des systèmes édifiés par ces procédés, pour être convaincu de l'incertitude inhérente à l'interprétation traditionnelle, si rigide qu'elle se veuille poser, et de par sa nature. En réalité, les prétendues constructions logiques déguisent à peine le subjectivisme irrémédiable des solutions. Et, le seul résultat d'une méthode géométrique, adaptée à la jurisprudence, c'est de soumettre l'esprit à l'empire des mots et des idées, qui recouvrent malhabilement les réalités vivantes, indui-

On ne peut pas exclure l'appréciation personnelle des juges et des interprètes dans les constructions logiques qu'ils élaborent, en vue d'interpréter le droit positif, et là où il y a appréciation personnelle, il y a fatalement divergences d'opinions et incohérence de doctrines.

Il suffit, pour se convaincre de cette vérité, d'ouvrir quelques recueils de jurisprudence ou quelques ouvrages de doctrine et de chercher à trouver une solution fixe pour un problème juridique déterminé ? Faut-il insister ici sur le flottement de la jurisprudence, ses hésitations, ses contradictions mêmes, dans les solutions diverses qu'elle fournit pour un problème unique ? Faut-il rappeler, ici encore, le moyen peu satisfaisant auquel la Cour de Cassation a souvent recours, pour éviter d'être arbitre sur des questions susceptibles de solutions variant au gré des appréciations individuelles, en soustrayant à sa censure ce qu'elle appelle les jugements du fait ? N'y a-t-il pas ici l'aveu de la part de la Cour Suprême que les faits sont plus puissants que le droit, que la vie politique échappe à toute réglementation logique et serrée, et qu'il est impossible de se soustraire, avec un système logique de règles et de principes, à la nécessité des appréciations personnelles ? Et, dans les ouvrages de la doctrine, les divergences d'opinions sont-elles moins grandes que celles de la jurisprudence ? Les auteurs, dans l'élaboration abstraite de leurs principes et de leurs conceptions purement idéales, se trouvent-ils d'accord ? Où est-elle donc dans cette mêlée d'appréciations personnelles la prétendue

sant à des résultats souvent fort dissonants du but ultime de notre science. »

stabilité du droit, et la sécurité des relations juridiques ? La vérité est qu'on ne pourra jamais arriver, sous n'importe quel système, à une stabilité absolue du droit (1).

Il faut se contenter d'une stabilité relative. Elle existe dans un système des « standards ». Elle n'est pas même moins grande, — et c'est là la deuxième affirmation, — que dans un système logique. Il y a d'abord les « standards » eux-mêmes, d'où l'on peut tirer des directives qui ne manquent de précision que là où la précision est impossible ou gênante. Quand la précision est utile, on arrive inévitablement, comme nous allons le voir dans la matière des « restraints of trade », à subdiviser les « standards » en « sous-standards » et ainsi de suite; on obtient, par là, le maximum de précision sans perdre la souplesse inhérente à la nature même du « standard ». Il est vrai qu'il restera encore un large domaine à l'appréciation individuelle des juges, mais cette liberté d'appréciation est plus limitée qu'on ne croit, et, d'un autre côté, elle est indispensable pour l'adaptation du droit.

Il devient évident qu'elle est plus limitée qu'elle ne paraît, quand on examine de plus près les rapports juridiques qu'il s'agit de régir par des « standards ». Ces rapports, pour la plupart, sont économiques, et sont, par là même, soumis à des lois assez précises qu'on peut tirer, non pas de dogmes juridiques, mais de la

(1) Le législateur français n'a-t-il pas reconnu la nécessité de donner au juge un pouvoir discrétionnaire à maintes reprises. Ex. : arts. 112, 117, 122, 126, 131, 177, 208, 211, 231, 236, 238, 302, 377, 380, 383, 468, 618, 645, 798, 1008, 1184, 1244, 1367, 1458, 1558, 1655, 2126 C. civ.

nature même des choses (1). Il y a des lisières imposées par la nature à la libre appréciation de l'homme. Sans aller jusqu'à dire qu'il y a des lois naturelles inflexibles et immuables dans le domaine social, on pourrait affirmer, sans risquer d'être démenti par les faits pratiques, que la nature de la chose, qui fait l'objet de l'appréciation, contribue dans une large mesure à stabiliser les appréciations flottantes et diminuer les divergences d'opinion. L'expression française « bon sens » qui correspond à l'expression anglaise « common sense », indique qu'il y a une certaine communauté d'appréciation des choses normales par des hommes normaux. Cette communauté d'appréciation sera d'autant plus stable qu'elle s'édifiera sur les bases solides des sciences sociales qui gagnent chaque jour en certitude et en précision. Il y a donc une limitation imposée par la nature même des choses à l'appréciation des juges dans l'application des standards.

D'un autre côté, dans la mesure où le juge est libre de former une appréciation personnelle, cette libre appréciation est indispensable pour l'adaptation du droit à chaque espèce. Le juge doit avoir un large pouvoir discrétionnaire. On l'admet d'ailleurs même dans un système logique de règles et de principes (2).

A côté de ces deux limitations à l'arbitraire des juges, l'une tirée de la directive elle-même et de ses subdivi-

(1) La recherche de la « nature des choses positive » n'a plus dans un système de « standards » le caractère spéculatif et aléatoire que lui donne la méthode de M. Gény. Car le juge est guidé dans sa poursuite par une série de directives et sous-directives légales.

(2) Voir C. civ. les articles précités, *supra*, p. 66.

sions, l'autre tirée de la nature même des choses, il y en a une troisième, tirée du mécanisme judiciaire. La forte hiérarchie judiciaire française ou anglaise avec, au sommet, une Cour Suprême dont la mission est d'unifier et de stabiliser les décisions judiciaires, peut rendre de grands services à ce point de vue. A mesure que le « standard » trouve des applications plus nombreuses, sa signification pratique se précise, et ses éléments se décomposent. On pourra s'appuyer, à force d'applications répétées, sur quelques données précises et certaines consacrées par la jurisprudence. On pourrait même craindre un excès de précision et de fixité ; les applications répétées du « standard » finiraient par être des règles aussi rigides et aussi immuables que les règles que nous avons voulu éviter. Il y a là une objection distincte qui va être examinée plus loin.

Avec ces trois limitations à l'arbitraire des juges, on aboutit à un certain degré de sécurité relative, à défaut d'une sécurité absolue, irréalisable dans n'importe quel système, sans sacrifier l'adaptabilité qui caractérise si bien le « standard » et lui donne une supériorité incontestable sur le système des règles et des principes.

B. Absence de développement scientifique.

On pourrait aussi reprocher à un système de « standards » le fait que les applications éparses, concrètes et multiples d'un « standard » n'aboutissent pas à une systématisation méthodique de la branche du droit régie par lui. L'objection n'est pas grave. Elle vise, en somme, la forme, ou tout au plus la méthode, sans toucher au fond même du problème. Même ré-

duite à une question de forme, l'objection reste dénuée de fondement sérieux. Ce qu'on voudrait reprocher au « standard » c'est justement ce qui fait sa souplesse en même temps que sa supériorité. Les applications diverses d'un « standard » ne donnent pas lieu, il est vrai, à l'élaboration des catégories et des classifications qui résultent du raisonnement logique, et qui sont à la base d'un système de règles et de principes. Mais c'est précisément par là que la supériorité du système des « standards » s'affirme nettement sur le système des règles et des principes. Le droit, comme on l'a vu, n'est pas une science mathématique où il faut des formules et des équations. C'est la science sociale par excellence, et tout effort tendant à trop le systématiser et à trop le dogmatiser, le condamne à la stagnation. Nous avons eu maintes occasions de constater les effets néfastes et les conséquences fâcheuses qu'ont eus l'école classique et sa logique abstraite sur le développement et le progrès du droit.

En introduisant le système des « standards » on a voulu précisément éviter ces inconvénients. « La logique, comme a dit M. Gény (1), ne transige pas. Y porter la moindre atteinte, c'est saper, par la base même, tout son édifice. » Mais la vie ne se plie pas à la logique. Elle est faite de conciliation et de transaction. Pour que le droit en soit l'expression fidèle, il ne doit pas être renfermé dans des catégories et des conceptions abstraites, quelle que soit leur valeur logique. Il faut renoncer à cet avantage illusoire d'avoir des dogmes, des catégories bien tracées et des formules précises et nettes, qui font du droit un système logiquement har-

(1) *Méthode d'interprétation*, t. I, p. 141.

monieux, mais qui le condamnent à traduire très mal les réalités de la vie.

Ce n'est pas dire qu'un système de « standards » soit dénué de toute systématisation et de toute méthode. Nous aurons l'occasion de voir, dans la matière, des « restraints of trade », comment la jurisprudence anglaise est parvenue à systématiser le « standard » de la « rationalité », à y créer des catégories et y faire des distinctions rationnelles. Mais il s'agit ici d'une méthode qui est subordonnée au problème lui-même, d'une forme qui est dominée par le fond, et non pas, comme dans le système logique, d'une forme qui réagit sur le fond en le rendant stérile. C'est une forme élastique qui pourrait se rétrécir ou s'élargir suivant les besoins, et non pas une barre de fer qui arrête le développement de la notion qu'elle enferme.

Le développement scientifique du système des « standards » a, en somme, sa méthode, méthode qui participe de la nature souple du « standard » et qui ne gêne en rien l'évolution nécessaire du droit.

C. Applications qui finiront par être des règles.

Il y a là une objection plus grave qu'on ne le croit. C'est peut-être la seule objection sérieuse qu'on puisse adresser au système de « standards ». C'est qu'en effet la bonne application d'un système de « standards » est un juste milieu entre deux extrêmes : excès d'applications arbitraires et excès d'applications rigides. Quant au premier danger, nous avons déjà vu qu'il n'est pas plus à craindre dans un système de « standards » que dans un système de règles et de principes. Reste le deuxième danger. Il y a une tendance marquée dans la

pratique judiciaire à regarder les précédents comme revêtus d'une autorité qui pèse avec beaucoup de poids sur les décisions postérieures. La fréquente répétition d'une même application la fortifiera et la stabilisera en lui faisant prendre enfin l'autorité d'une règle juridique. Quelle que soit la légitimité de cette crainte, il ne faut pas en exagérer la portée. Le système de « standards », plus encore que tout autre système, ne peut être efficace qu'à condition d'être manié habilement et intelligemment par des juges capables. Il s'agit d'une application qui n'est pas mécanique. La formation purement juridique des juges ne suffit pas à l'assurer. Il faut, pour bien manier le « standard », une certaine perspicacité d'esprit, une pénétration profonde des hommes et des choses, une compréhension des sciences sociales et des conditions pratiques de la vie. A cette condition, même en admettant que la répétition des applications d'un « standard » finisse par leur donner la force de règles, ces règles ne seront pas dissociées, étant donné qu'elles reçoivent une application intelligente, de leur raison d'être, de leur but, de leur fondement, qui est le « standard » lui-même. Elles seront applicables tant qu'elles seront recommandées par le « standard », mais, dès qu'il y aura un changement dans les circonstances, une transformation dans le milieu qui a suscité leur naissance, le « standard », qui est à la base de toutes ces règles redeviendra actif pour modifier, — et au besoin pour faire disparaître —, les règles devenues inopportunes.

Tout dépend de la capacité du juge chargé d'appliquer le « standard ». Tant qu'il ne perdra pas de vue qu'il applique un « standard », et non pas une règle fixe et immobile, il ne manquera pas d'en vérifier de temps en

temps les applications en les conformant aux nécessités de la vie et aux circonstances changeantes du milieu ambiant. De plus, la tendance conservatrice des juges, qui leur inspire le respect des précédents judiciaires, est largement compensée par une tendance à vouloir donner au droit sa signification et à vouloir l'adapter aux faits concrets qu'il s'agit de régir. On a même vu cette dernière tendance, en se donnant libre cours, aboutir à une jurisprudence prétorienne, qui brise toute chaîne légale pour regarder la vie en face et pour mieux s'accommoder aux nécessités de la pratique (1). Quel libre essor serait alors donné à cette tendance pratique, s'il n'y avait aucune chaîne légale à briser, mais s'il existait, au contraire, un texte qui ne demandât qu'à être adapté à la vie pratique ! Le juge ne sera plus embarrassé pour adapter le droit aux faits. Les solutions d'espèce bien que répétées assez souvent ne seront que de simples applications d'une idée supérieure. Tout se ramène, en somme, à une question de bonne application du « standard ». Tant que persistera dans la pratique judiciaire l'esprit de conservatisme qui, de tous temps, a caractérisé les jurisprudences, il suffira, pour assurer la sécurité des relations juridiques, qu'on croit à tort menacée par l'application des « standards ».

Reste la quatrième et dernière objection.

D. Principe de la séparation des pouvoirs.

Nous ne nous arrêterons pas longtemps à cette objection. Il s'agit, en effet, d'un principe vieilli et démenti

(1) Parmi les nombreux exemples de jurisprudence prétorienne on peut citer la jurisprudence française sur le système des astreintes et sur l'inaliénabilité de la dot mobilière.

par les faits. Le juge, dans un système de « standards » acquiert, dit-on, des attributions qui le font sortir de sa tâche traditionnelle, en réunissant dans sa personne le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. On pourrait répondre à cette objection, même sans se donner la peine de réfuter le principe qui est à sa base, et qui est, d'ailleurs, fort discutable. Si le juge, en appliquant le « standard » à une espèce particulière, légifère, ce n'est qu'en vue d'une hypothèse particulière. Il ne légifère pas pour l'avenir, et c'est cette seule fonction qui lui est interdite en vertu du principe de séparation des pouvoirs. Mais, sans recourir à une réfutation théorique de ce genre, on peut attaquer le fondement même de l'objection. Le principe de la séparation des pouvoirs, est-il applicable dans les systèmes gouvernementaux actuels ? Toute la théorie est basée sur une faute d'observation de Montesquieu, son fondateur. Il a cru qu'en Angleterre le Parlement, le cabinet et les tribunaux fonctionnaient indépendamment les uns des autres, en état de complète séparation ; il a cru trouver dans cette séparation le secret du succès si brillant du système anglais. La vérité est qu'en Angleterre, même au temps où Montesquieu écrivait, le pouvoir exécutif dépendait du pouvoir législatif ; de plus, et c'est là le point qui nous intéresse, le pouvoir judiciaire, grâce au système du « case law », est, même aujourd'hui, un organe législatif, tout au moins pour les matières qui ne sont pas réglées par des « statutes » (lois écrites).

La séparation des pouvoirs, qu'imaginait Montesquieu, n'existait donc pas dans la constitution qui lui servait de modèle. Au contraire, il y avait une harmonie entre les différents pouvoirs, qui imposait leur collaboration et leur interdépendance réciproque. Cet

état de choses qui prédomine, aujourd'hui partout, est d'ailleurs, le seul recommandable. La théorie de Montesquieu n'a pas de fondement ; elle tombe à la première critique, et, avec elle, cette dernière objection.

Ayant examiné et réfuté les objections qu'on pourrait adresser au système de « standards », nous croyons que nous avons pu ainsi fournir une preuve négative de la valeur de ce système. Pour en établir une preuve positive, nous allons nous efforcer de démontrer par un exemple concret que la méthode des standards est de nature à donner d'excellents résultats pratiques. C'est cette démonstration que nous allons faire sortir d'une étude de l'histoire de la jurisprudence anglaise des « restraints of trade ».

Cette étude nous permettra de suivre, sur l'un des terrains où elle a été le plus intense, la lutte entre la règle et le « standard » et nous fournira l'occasion de montrer que la jurisprudence anglaise n'a pu faire œuvre vraiment féconde dans ce domaine qu'à partir du moment où elle a remplacé la règle ancienne par le « standard » de rationalité.

L'ÉVOLUTION DE LA THÉORIE. DES RESTRICTIONS CONTRACTUELLES A LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DE TRAVAIL DANS LA JURISPRUDENCE ANGLAISE.

La jurisprudence anglaise, dans son évolution en matière de *restraints of trade*, a passé par quatre phases

Première phase : Prohibition absolue de toute *restraint of trade*.

Deuxième phase : Une distinction s'établit entre les restrictions générales, qui sont nécessairement nulles, et les restrictions partielles qui peuvent être valables sous certaines conditions.

Troisième phase : cette distinction est supprimée, et le *standard* de rationalité vient remplacer l'ancienne règle.

Quatrième et dernière phase : une nouvelle distinction s'établit entre les contrats de cession de fonds de commerce et les contrats de louage de service. Dans chacun de ces deux domaines le *standard* de la rationalité s'applique avec un esprit différent.

Nous traiterons chacune de ces quatre phases dans un titre spécial.

TITRE I

PREMIÈRE PHASE : LES ORIGINES.

Prohibition absolue de toute « *Restraint of Trade* ».

I. — *Sources.*

On cherche quelquefois jusque dans la *Magna Carta* l'origine de la prohibition absolue de toute restriction contractuelle à la liberté individuelle du travail. Sans remonter aussi loin, il est certain que dès le règne d'Elisabeth, probablement même dès le règne d'Henri V, la règle de *Common law* qui établissait cette prohibition absolue était déjà connue.

Anson (1) a cité comme autorité pour établir cette règle le cas de *Claygate c. Batchelor* (2). Dans ce cas, il a été établi qu'il est illégal d'interdire à quelqu'un l'exercice d'une profession légitime, ou de lui imposer une restriction quant au temps ou quant au lieu concernant cette profession (3). Dans le cas d'*Ispwich Tailor* (4) il a été établi que, d'après la *Common law*, il ne

(1) *Law of Contracts*, 14^e éd., 1917, pp. 250-251.

(2) *Cro. Eliz.*, 872, 1596.

(3) « The court held that it was against law to prohibit or restrain any use to a lawful trade at any time or at any place ».

(4) 1615, II *Co. Rep.*, 53 a, 54 b.

peut être interdit à personne d'exercer une profession permise par la loi. On lit dans les jugements rendus dans ce cas un passage admettant que le statut de 5 Eliz. c. 4. qui interdit à toute personne d'exercer aucun métier avant un apprentissage de sept ans, a pour but non seulement de donner de l'expérience et de l'habileté au travailleur, mais aussi de donner à chacun l'occasion d'apprendre un métier ; que par conséquent il apparaît que, sans un acte du parlement, il ne pourrait être interdit à personne de travailler dans un métier légitime quel qu'il soit. Dans le *Dyer's case* (1), Hull J. n'a pas pu s'empêcher d'exprimer son indignation, en termes très vifs (2), en présence d'une clause interdisant d'exercer le métier de teinturier dans une ville pendant six mois : restriction, comme on le voit, limitée quant au temps et quant au lieu.

II. — *Justification donnée à cette prohibition absolue.*

On justifiait généralement cette prohibition absolue par plusieurs considérations qu'on peut résumer en trois chefs : 1^o préjudice au public, 2^o préjudice pour le

(1) 2 Henri V, fol. 5, p. 1, 26.

(2) « A ma intent, disait Hull. J., vous pourres aver demurre sur luy que l'obligation est voide et que la condition est encounted common ley, et per Dieu, si le plaintiff fuit icy, il ira al prison tanque il ust fait fine au Roy ». 2 Henri V, fol. 5, p. 1, 26. Pollock dans son ouvrage *Principles of contract*, p. 341, a fait remarquer que le *Dyer's case*, loin d'interdire toute restriction, validait déjà les restrictions partielles, dont le cas lui-même fournit un exemple. En effet, en dépit de son indignation, Hull J. avait permis au défendeur de prouver qu'il avait exécuté l'obligation qui lui était imposée par la restriction partielle, ce qui implique qu'une telle restriction était considérée comme valable.

promettant, 3^o préjudice à l'industrie et aux entreprises (1).

1^o *Préjudice au public.* — C'était la préoccupation principale et la considération la plus importante à cette époque.

Par la fréquence de ces clauses restrictives, on craignait de priver le public des services des gens les plus capables de lui en rendre.

On craignait aussi, et surtout, en limitant le nombre de ceux qui pouvaient travailler à une entreprise déterminée, de se trouver amené à un régime de monopole et de voir augmenter les prix.

2^o *Préjudice au promettant.* — Le promettant qui accepte une restriction à sa liberté de travail se prive d'un moyen, peut-être du seul moyen de gagner sa vie. La possibilité de contracter des clauses restrictives pousse les imprévoyants à sacrifier pour un gain immédiat leur seule ressource dans l'avenir : la liberté de travail.

3^o *Préjudice à l'industrie et aux entreprises.* — Les clauses restrictives diminuent le nombre des concurrents dans la même industrie. L'initiative privée, qui doit être stimulée par la concurrence, se trouve ainsi diminuée. La possibilité du perfectionnement de l'industrie, beaucoup plus grande sous un régime de libre concurrence qui encourage les travailleurs à acquérir une grande habileté et à déployer leur génie inventif, se heurterait aux entraves, que seraient les clauses restrictives à l'industrie privée.

(1) Voir POLLOCK, *Principles of contract*, 5^e édition, p. 339 ; il cite cinq motifs qu'il a empruntés à un arrêt de la Cour suprême de Massachussetts de 1837.

III. — *Origines de la prohibition.*

On donne des explications diverses quant aux causes de la prohibition. C'est ainsi qu'un auteur américain (1) fait remonter l'origine historique de la prohibition absolue au temps où on ne pouvait pas exercer un métier auquel on n'avait pas été admis comme apprenti (2) ; on n'avait alors qu'un seul métier à exercer ; si l'on se l'interdisait, tous les autres métiers se trouvaient fermés du fait qu'on n'en avait pas subi l'apprentissage, et on s'était ainsi privé du seul moyen de gagner sa vie. Pollock (3) dit qu'on peut pousser cette hypothèse plus loin. On trouve dans l'ancien droit anglais des textes positifs qui font de l'exercice par chacun de sa propre profession une obligation légale, à laquelle on ne pouvait se soustraire que dans certains cas déterminés (4). Du fait même qu'on devait exercer sa propre profession, il résulte que tout engagement de ne pas l'exercer allait nettement à l'encontre d'une obligation légale, et était par conséquent nul. Pollock s'est ensuite demandé si une explication artificielle, comme celle que nous venons de citer, est nécessaire. En effet, la liberté absolue du travail était nettement affirmée par la *Common law* et de ce principe découle, tout naturellement, la prohibition absolue de toute restriction à cette liberté (5).

Il semble plus exact, si l'on veut trouver une expli-

(1) PARSON, *On Contracts*, 2, 255.

(2) *Statute of 5 Eliz.*, c. 4.

(3) *Principles of Contracts*, p. 340-341.

(4) *Statute 5 Eliz.*, c. 4, maintenant abrogé par *Conspiracy and Protection of Property Act*, 1875, 38 et 39, Vic. c. 86.

(5) POLLOCK, *Principles of Contracts*, p. 340.

cation historique sérieuse de cette prohibition, de la chercher dans les conditions économiques et politiques de l'Angleterre au moment où la prohibition s'est établie. Il y avait alors trois considérations générales qui pouvaient amener à cette prohibition :

1^o La réaction contre la féodalité : toute restriction à la liberté individuelle était soupçonnée comme portant la trace des institutions féodales.

2^o La politique commerciale de l'Angleterre : Keke-wich J. a dit dans le cas de *Davies c. Davies* (1). « Il était considéré comme un point de première importance d'encourager toute personne à faire le commerce, afin que le public en tire profit ; en d'autres termes, il était considéré comme intéressant la police publique d'aider l'Angleterre à devenir une nation de commerçants ». C'est cette politique : faire de l'Angleterre une nation de commerçants, qui pourrait expliquer, dans une certaine mesure, l'encouragement que la *common law* avait donné à la liberté de commerce, en prenant une attitude hostile contre toute restriction à cette liberté.

3^o *Le respect de la liberté individuelle, garanti par la Magna Carta*. La mentalité anglaise fut, de tout temps, individualiste. Le document fondamental de la liberté anglaise, la *Magna Carta* a garanti la liberté individuelle à tout sujet britannique. On comprenait dans la liberté individuelle la liberté de commerce et de travail (2). Mais on s'était arrêté là. On n'était pas allé jusqu'à admettre un autre élément de la liberté individuelle, la liberté de contrat ; qui pouvait compromettre

(1) 1887, 36 Ch., p. 365.

(2) Cf. Le jugement de Parker C. J. dans le cas de *Mitchel c. Reynolds* (*Smith's Leading Cases*, 12^e éd., Londres, vol. I, p. 458).

la liberté du travail. Les conditions économiques et commerciales à cette époque n'étaient pas encore complexes, et une règle, aussi rigide que celle de la prohibition absolue de toute restriction à la liberté de travail, satisfaisait aux besoins de la civilisation de ce temps.

Telle fut la première phase de la jurisprudence anglaise. Elle se résume dans la prohibition absolue de toute restriction contractuelle à la liberté de travail.

TITRE II

DEUXIÈME PHASE : DU CAS DE MITCHEL C. REYNOLDS AU CAS de NORDENFELD (1711-1894).

Distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles.

Condamner toute restriction à la liberté de travail allait paraître bientôt une règle trop absolue et trop rigide pour s'accommoder à l'évolution de la civilisation. Cette règle absolue allait fléchir pour donner place à la distinction célèbre, consacrée définitivement dans le cas de *Mitchel c. Reynolds* (1), entre les restrictions générales, nécessairement nulles, et les restrictions partielles, valables sous certaines conditions. La rigidité de l'ancienne règle s'était assouplie, mais il a fallu attendre jusqu'au cas de *Nordenfeld* (2) pour que la règle soit complètement remplacée par un *standard* dans le domaine des *restraints of trade*.

Il ne faut pas croire que la première brèche à la règle de la prohibition absolue date seulement du cas *Mitchel c. Reynolds* (2). Il n'y a pas en effet de ligne de démarcation nette entre les différentes phases de l'évo-

(1) 1 P. W., 181.

(2) 1893, 1 Ch., 630 ; 1894, A. C., 535.

lution de la jurisprudence anglaise. Si l'on prend ordinairement des cas, tels que ceux de *Mitchel c. Reynolds*, de *Nordenfeld* et de *Mason*, comme les points de départ des phases nouvelles, c'est parce qu'ils en sont les points de départ formels. Ce sont les cas dans lesquels la jurisprudence anglaise a ouvert définitivement la nouvelle phase.

Mais bien avant cette consécration définitive, il y avait eu des arrêts antérieurs, qui annonçaient l'arrivée prochaine de chaque phase.

Nous avons déjà dit que le cas de *Mitchel c. Reynolds*, bien que considéré comme point de départ de la deuxième phase, avait été précédé par des décisions judiciaires assez nombreuses qui renfermaient la distinction célèbre consacrée dans ce cas. Déjà en 1613, c'est-à-dire un siècle avant, le cas de *Rogers contre Parry* (1) avait établi la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles. Il a été décidé, dans ce cas, qu'on ne pouvait pas s'interdire d'une façon générale d'exercer sa profession ; mais que, pour un temps déterminé et pour un lieu déterminé, on pouvait s'imposer une restriction à l'exercice de cette profession (2). Le cas de *Broad contre Jollyfe* (3) est aussi un cas précurseur où la même distinction a été esquissée (4). Il y en a

(1) BALSTRODE, 136, 1613.

(2) Nous avons déjà vu que Pollock considère que le *Dyer's case* établissait, lui aussi, la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles. Ce cas serait alors un des cas précurseurs les plus anciens.

(3) 1620, Cro. Jac., 596.

(4) A propos de ce cas le lord Justice Bowen a dit dans le cas de *Nordenfeld* à la Cour d'appel (1893, 1 Ch. 630) : « Une des raisons pour l'adoption d'une règle plus élastique se trouve formulée dans le jugement rendu dans le cas *Broad c. Jollyfe* : 1620, Cro. Jac. 596. A

encore d'autres ; on peut citer à titre d'exemples les cas de *Lelliet c. Broad* (1) *Prugnell c. Gosse* (2), *Clerk c. Governor and Taylor of Exeter* (3).

Dans ce titre nous allons analyser, en un premier chapitre, le cas de *Mitchel contre Reynolds* qui a consacré définitivement la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles ; dans le deuxième et le troisième chapitres nous examinerons successivement les restrictions générales et les restrictions partielles ; dans un quatrième et dernier chapitre nous étudierons quelques questions communes à toutes les restrictions.

Londres et dans les grandes villes l'usage était établi déjà que les commerçants confient leurs magasins et leurs dépôts à leurs employés après l'apprentissage, et ceux-ci s'engageaient à ne pas s'occuper du même commerce dans tel ou tel magasin ou dans telle ou telle rue. Les tribunaux, cédant devant les progrès de l'industrie et du commerce ont enfin décidé qu'on pouvait s'imposer par sa propre volonté, et en échange d'une considération appréciable, une restriction à la liberté de s'occuper d'un commerce dans un lieu déterminé. »

(1) *Noy.*, 98.

(2) *Aleyn*, 67.

(3) 3 *Lev.*, 641.

CHAPITRE PREMIER

Analyse du cas de Mitchel c. Reynolds

Un boulanger avait cédé à un autre le bail de sa boulangerie dans *Liquorpond Street*, paroisse de *Saint Andrew's Holborn*, pour la durée de cinq ans. Il s'était engagé à ne pas exercer son métier de boulanger, pendant cette période et dans cet endroit, sous peine d'une indemnité de 50 livres. La restriction était, comme on le voit, limitée quant au temps, (cinq ans) et quant au lieu (*Liquorpond Street*). Le chief Justice Parker l'a considérée comme valable, parce qu'étant une restriction partielle. Il a affirmé la persistance de l'ancienne règle de la prohibition de toutes les restrictions, mais il a introduit une exception à cette règle. La restriction partielle est valable si elle est raisonnable et contractée en vue d'une considération équivalente. Cette jurisprudence, dont le premier germe remonte jusqu'à 1613 (1), comme nous venons de voir, a introduit une modification remarquable à la jurisprudence antérieure, sous la forme modeste d'une simple exception, mais d'une excep-

(1) Cas de *Rogers c. Parry*, (BALSTRODE, 136, 1613).

tion qui allait s'étendre jusqu'à absorber la règle elle-même (1).

Nous ne pourrions mieux faire que reproduire deux formules qui ont le mérite d'attester authentiquement la portée de la règle consacrée par le cas *Mitchel c. Reynolds*.

« Nous sommes tous d'avis, a dit le Chief Justice Parker, que si la clause contient une considération spéciale qui démontre qu'il est raisonnable qu'elle soit contractée par les parties, une telle clause est valable. La véritable distinction à faire dans ce cas, ce n'est pas entre les *bonds* et les *promises*, mais entre les contrats avec ou sans considération. Lorsqu'une considération suffisante paraît rendre la clause juste et utile, et telle qu'elle ne pourrait pas être annulée sans préjudice pour une partie, elle doit être maintenue, mais avec cette différenciation constante entre la restriction qui est générale et qui interdit l'exercice d'un commerce dans tout le royaume, et celle qui est limitée à un lieu déterminé ; car la première doit être nulle, n'étant d'aucun profit pour aucune partie et étant oppressive, comme ce sera démontré dans la suite » (2).

(1) POLLOCK, dans son ouvrage *Principles of Contract*, pp. 339-340, a dit : « La validité des restrictions partielles est considérée habituellement comme une exception à la règle de la police publique. Il semble plus exact de la considérer plutôt comme en étant une branche. La police publique exige, d'une part, qu'on ne puisse pas, par un contrat, se priver, ou priver la communauté, du produit de son travail, de son habileté ou de ses talents ; et, d'autre part, qu'on puisse s'imposer l'obligation de ne pas faire concurrence à une personne déterminée, afin d'obtenir le plus haut prix de son entreprise ou de sa connaissance quand on se décide à les vendre. En pareil cas, une restriction qui est raisonnable pour la protection des parties doit être permise en vertu de la même règle de police publique qui a interdit les restrictions en général, et pour les mêmes raisons ».

(2) *Smith's Leading Cases*, 12^e éd., Londres, vol. I, pp. 458-459.

Voilà en termes précis une série de classifications logiques bâties sur une règle rigide. C'est le cas *Mitchel c. Reynolds* qui les a définitivement consacrées (1). Elles allaient subsister quelque temps malgré leur caractère artificiel. Mais, quelle que soit la ferme autorité qu'elles ont acquises par la force des applications répétées, elles devaient finalement s'effondrer, une par une, sous le coup des transformations incessantes des conditions de la vie, et sous la pression des besoins pratiques.

Voici la deuxième formule, par laquelle Parker C. J. a fini son jugement « Pour conclure, dit-il, toutes les restrictions à la liberté de commerce, s'il n'y a rien d'autre, sont présumées nulles par la loi ; mais, si des circonstances particulières ont été démontrées, cette présomption est écartée. Le tribunal doit apprécier ces circonstances et décider selon son appréciation. Si, d'après

(1) Parker, C. J. a fait dans son jugement des distinctions dignes d'être notées. Il a d'abord distingué entre les restrictions involontaires (restrictions imposées par les *grants* ou *charters*, la coutume ou les règlements *bye-laws*) et les restrictions volontaires. Les premières ne nous intéressent pas. Quant aux secondes, il les a subdivisées en deux catégories : les restrictions générales et les restrictions partielles. C'est cette distinction fondamentale qui fait la base de toute la deuxième phase de la jurisprudence. Il ne prétend pas en être le créateur. « Tous les *year books*, dit-il, lorsqu'ils sont examinés soigneusement, semblent être d'accord sur la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles, et les restrictions avec ou sans considération. Cette distinction est d'ailleurs bien fondée : *volenti non fit injuria*. On peut, en échange d'une considération appréciable, par sa propre volonté, et dans son intérêt, s'interdire de s'occuper d'un commerce, ou de le céder à un autre, dans la limite d'un lieu déterminé... *Vide March's Rep.*, 77, mais plus particulièrement *Allen's*, 67, où il y a un cas remarquable qui établit cette distinction et trouve son fondement dans la considération et dans la raison d'être des choses ». (*Smith's Leading Cases*, 1, pp. 461-462).

ces circonstances, la restriction paraît être juste et honnête, elle doit être maintenue (1) ».

Cette formule se place à un nouveau point de vue. Elle fait ressortir la présomption qui frappe toute restriction à la liberté de travail. Cette présomption, nous apprend Parker C. J. au cours de son jugement, est, pour employer une terminologie française, absolue quand il s'agit des restrictions générales et relative quand il s'agit des restrictions partielles. Elle allait subsister à côté des classifications artificielles pendant quelque temps.

Nous prenons comme base, pour analyser le cas *Mitchel c. Reynolds*, cette double présomption.

SECTION I

La présomption absolue.

« Les restrictions générales, dit Parker C. J. sont toutes nulles, qu'elles soient contenues dans un « *bond* », « *covenant* ou *promise* », qu'elles soient avec ou sans considération, qu'elles concernent ou non le commerce propre de la partie qui s'engage » (2).

Les termes employés par Parker C. J. sont absolus. Du fait même que la restriction est générale, elle est nulle. Il y a présomption absolue que cette restriction est oppressive et déraisonnable. Parker C. J. a affirmé implicitement l'existence de cette présomption, en

(1) *Smith's Leading Cases*, 1, p. 469.

(2) *Smith's Leading Cases*, 1, p. 461.

donnant les motifs de la nullité absolue de toute restriction générale.

Pour lui, il faut d'abord écarter certaines considérations qu'on présente généralement comme justifications de la nullité. Ce n'est pas, d'après lui, la « *Magna Carta* » qui en est la source ; ce pacte n'empêche pas qu'on aliène, par sa propre volonté, la propriété de son « *freehold* ». Le motif n'est pas non plus dans le fait qu'une restriction générale est une violation de la liberté du sujet britannique : on peut, par sa propre volonté et en vue d'une considération appréciable, limiter sa liberté ; on peut, par exemple, s'engager à ne pas établir un moulin dans son terrain.

Ce n'est pas, non plus, qu'une restriction générale soit illégale. Les engagements illégaux proprement dits se réduisent à trois catégories : 1^o engagement de faire une chose qui est un *malum in se* ou *malum prohibitum* ; 2^o engagement de ne pas faire une chose qu'on doit faire ; 3^o encouragement à une telle commission ou une telle omission. Or la restriction à la liberté de commerce ne se trouve pas parmi ces catégories ; elle n'est pas, par conséquent, illégale dans le sens strict du mot.

Ayant écarté ces motifs, Parker C. J. donne ceux qui lui paraissent être les véritables. Pour lui il y en a trois :

1^o. Les restrictions générales sont susceptibles de causer un préjudice à la partie qui s'engage, en la privant du moyen de gagner sa vie, et au public, en lui enlevant des travailleurs utiles.

2^o Elles peuvent donner lieu à des abus : des corporations peuvent, par ce moyen, chercher à monopoliser le commerce ; des employeurs peuvent profiter de la faiblesse de leurs apprentis pour leur imposer des clauses restrictives tyranniques.

3^o Elles n'ont pas même le mérite d'accorder au stipulant un avantage qui compenserait le préjudice qu'elles portent aux intérêts du promettant et du public ; car, d'après les termes mêmes de Parker C. J., « qu'importe à un commerçant à Londres ce que fait un autre à Newcastle..... Le droit romain n'aurait pas accordé d'action à ces contrats, voir Puff., lib. 5, C. 2, sect. 3 ; 21 H, 7, 20 » (1).

Parker J. C. a ainsi établi une présomption absolue contre toute restriction générale. Il l'a fondée sur des considérations, qui étaient justes dans son temps, mais qui allaient perdre leur valeur, à mesure que le commerce et les moyens de communication se développeraient et feraient, non pas seulement du *Royaume*, mais du monde entier, un marché unique.

SECTION II

La présomption relative.

Nous avons déjà rencontré la distinction de Parker C. J. entre les restrictions générales et les restrictions partielles. Parmi ces dernières il a distingué entre celles qui sont contractées en vue d'une considération qui les rendrait raisonnables, et celles où ne se trouve pas cette considération. Les premières sont valables, les secondes sont nulles (2). Quand il a fait cette dernière dis-

(1) *Smith's Leading Cases*, 1, p. 464.

(2) Il a donné, pour expliquer la validité des premières, deux raisons :

a) Il y a des hypothèses où une restriction à la liberté de commerce est utile ; par exemple, une restriction, ayant pour but d'empêcher

inction, il n'a pas voulu diviser les restrictions partielles en deux branches, l'une valable et l'autre nulle. Ce serait trop simple. De plus, il aurait ignoré l'existence d'un grand nombre de restrictions partielles qui ne peuvent pas se ranger ni dans une catégorie ni dans l'autre. Il a voulu établir une présomption contre toutes les restrictions partielles (mais une présomption relative, susceptible de preuve contraire) plutôt que faire une nouvelle classification dans ce domaine.

Dans l'interprétation que nous avons repoussée on ne saurait se prononcer sur la validité ou la nullité de nombreuses restrictions, qu'on ne peut pas ranger, avec certitude, dans une catégorie ou dans une autre. Dans la seconde interprétation, celle que nous adoptons, ces restrictions sont nulles grâce à la présomption relative contre les restrictions partielles. Toute restriction partielle est nulle à moins qu'on ne prouve qu'il y a une considération suffisante pour rendre la restriction raisonnable.

Pour prouver que tel est bien le point de vue de Parker C. J. nous citerons ces paroles : « Mais ici on peut se poser cette question : supposons qu'il n'apparaisse pas si le contrat a été fait ou non sur bonne considération ou s'il est ou non purement dommageable et oppressif : que doit-on faire dans ce cas ? Je ne vois pas

qu'une ville soit encombrée par trop de marchandises, une restriction qui faciliterait la retraite d'un vieux commerçant en lui permettant d'obtenir le prix le plus haut d'une clientèle qu'il aurait perdue s'il avait continué à travailler.

b) Il arrive, quelquefois, qu'une restriction soit d'une utilité certaine pour le stipulant et d'un préjudice douteux pour le promettant ; par exemple, quand il s'agit d'une restriction raisonnable en vue d'une considération suffisante. En pareil cas la loi doit sanctionner la restriction. (*Smith's Leading Cases*, 1, pp. 464-465).

pourquoi il ne ressortirait pas des débats une indication dans un sens ou dans un autre. D'ailleurs la loi pourrait être fixée dans un sens ou dans l'autre sans inconvénient. Mais, en ce qui concerne le droit actuel, la règle est que, si ce contrat « *stat indifferenter* » et si on ne peut pas dire s'il est bon ou mauvais, la loi le présume « *prima facie* mauvais » (1).

La présomption relative, nettement établie par ce passage, dans lequel on trouve le mot « présume » est justifiée par Parker C. J. par des considérations d'ordre général. Il en a donné quatre : 1^o Tout d'abord la présomption est en faveur de la liberté de commerce et de l'industrie ; 2^o Dans toute restriction il y a un préjudice apparent ; s'il y a un avantage il faut le prouver ; 3^o En plus du préjudice qui pourrait atteindre les intérêts de la partie contractante, la restriction pourrait aussi être nuisible au public ; 4^o On peut en quelque sorte présumer que la restriction ne profite pas au promettant ; celui-ci fait partie du public auquel elle nuit ; de plus il se prive d'un moyen de gagner sa vie.

Telles sont les présomptions dégagées par Parker C. J. (2).

(1) *Smith's Leading Cases*, 1, 465.

(2) Voici dans quels termes Parker C. J. a établi expressément les deux présomptions. Pour la présomption absolue il a dit : « ... Un contrat qui interdit de faire le commerce dans une partie quelconque de l'Angleterre, même en vue d'une considération, est nul ; il y a plus qu'une présomption contre lui. (On remarque ici que le mot « présomption » dans le langage de Parker C.-J. a un sens imprécis). Car personne ne tire aucun profit du fait d'imposer une interdiction à une autre personne de ne faire le commerce nulle part, quoiqu'il puisse profiter d'une restriction limitée à certains lieux, à moins qu'il ne veuille établir un monopole, ce qui est un délit » (*Smith's Leading Cases*, 1, p. 466). Pour la présomption relative il a dit : « ... Dans ces contrats (c'est-à-dire dans les contrats qui contiennent des restrictions

Ce qu'il importe de souligner ici, c'est l'importance considérable que le cas *Mitchel c. Reynolds* a eu dans l'évolution de la jurisprudence anglaise. Il a consacré définitivement, on ne saurait trop le répéter, la classification des restrictions à la liberté de travail en deux catégories : les restrictions générales (1) frappées par une présomption absolue et les restrictions partielles frappées par une présomption relative (2).

Cette classification fondamentale allait être désormais la clef de voûte de toute la matière des « *restraints of trade* ». Dans les deux prochains chapitres, nous examinerons successivement chacune de ces catégories et nous suivrons dans cet examen détaillé l'évolution de la jurisprudence anglaise depuis le cas *Mitchel c. Reynolds*, jusqu'à la fin de la deuxième phase.

partielles) — il est toujours nécessaire de prouver qu'il y a une considération, afin d'écarter la présomption qu'ils sont préjudiciables ». (*Smith's Leading Cases*, 1, p. 466.)

(1) On peut dire, qu'il y avait, dès la première phase, une présomption absolue contre toutes les restrictions. Dans la deuxième phase cette présomption a subsisté contre les restrictions générales, et s'est changée en une présomption relative contre les restrictions partielles. Cette présomption relative est disparue avant la fin de la deuxième phase. La présomption absolue disparaîtra avec la troisième phase. Une présomption relative va réapparaître avec la quatrième phase dans le domaine des contrats de louage de services.

(2) Voici comment Parker C.-J. a appliqué ces principes à l'espèce elle-même. « Ici, a-t-il dit, on a invoqué des circonstances et des considérations particulières ; c'est au tribunal de décider si, d'après ces circonstances, le contrat est raisonnable et utile. Le demandeur s'est fait céder le bail de la boulangerie. La question est de savoir si lui ou le défendeur va obtenir la clientèle dans cet endroit. Quant au public il est également intéressé dans les deux hypothèses. Ce qui fait encore la restriction d'autant plus raisonnable, c'est qu'elle est exactement proportionnée à la considération, c'est-à-dire à la durée de cinq ans ». (*Smith's Leading Cases*, 1, pp. 468-469).

CHAPITRE II

Les restrictions générales.

SECTION I

Définition de la « restriction générale ».

Pour bien comprendre la portée exacte de la notion de la « restriction générale » il faut préciser l'interprétation du mot « général ».

Il ne s'agit pas ici d'une généralité absolue. Une clause contractuelle, qui interdirait à une personne de travailler où que ce soit et à quoi que ce soit, serait évidemment illégale ; elle condamnerait la personne engagée à l'immobilité et à la mendicité, ce qui est, évidemment, contraire à l'esprit de tout système juridique ayant atteint un certain degré de perfectionnement.

On donne au mot « général » un sens beaucoup moins large, mais difficile à définir, étant donné la portée imprécise que le terme a prise dans les décisions judiciaires rendues par la jurisprudence anglaise pendant la deuxième phase (1).

Nous tâcherons de dégager une définition aussi pré-

(1) Souvent les juges et les auteurs, en parlant de la restriction générale, en donnent une définition incomplète, en n'indiquant que certaines des limitations qui rendraient partielles la restriction, ou une définition vague, en ne traçant pas nettement la ligne de démarcation entre les restrictions générales et les restrictions partielles. Nous rencontrerons quelques unes de ces définitions plus loin.

cise que possible des principaux cas qui ont établi la jurisprudence sur la matière. Dans le cas « *Mitchel c. Reynolds* » on lit le passage suivant : « En deuxième lieu j'aborde maintenant quelques observations générales qui peuvent être utiles dans la compréhension de ces cas (c'est-à-dire les cas de restriction à la liberté du travail). Voici ces observations : 1^o Le fait d'obtenir l'exercice exclusif d'un commerce dans toute l'Angleterre est un monopole total et est contraire à la police publique. 2^o Quand la restriction est limitée à un lieu déterminé ou à des personnes déterminées, et obtenue d'une façon légale et équitable, elle n'est pas un monopole..... 3^o Personne ne peut s'engager à ne point exercer du tout sa profession » (1).

Deux points sont à retenir : 1^o la restriction qui interdit entièrement à une personne d'exercer une branche déterminée de commerce dans toute l'Angleterre est une restriction générale, ainsi que la restriction qui impose à une personne de ne point exercer sa profession ; 2^o La restriction est partielle, quand elle est limitée quant à l'espace ou quant aux personnes.

On peut en conclure qu'il y a trois limitations qui rendraient partielle la restriction : 1^o limitation quant à l'espace : elle est mentionnée expressément ; néanmoins, il faut remarquer qu'une limitation qui s'étend à toute l'Angleterre crée une restriction générale ; 2^o Limitation quant aux personnes : ces limitations sont mentionnées en termes exprès dans le passage précité ; 3^o Limitation quant à l'objet : si, en s'engageant à ne point exercer sa profession, on contracte ainsi une restriction générale, il résulte, par un argument à *contrario*,

(1) *Smith's Leading Cases*, 1, p. 462.

qu'un engagement de n'exercer qu'en partie la profession est une restriction partielle seulement. Néanmoins, il faut remarquer, ici comme dans le cas de la limitation quant à l'espace que le fait que l'engagement de ne pas exercer un commerce ne porte que sur une branche déterminée de ce commerce n'empêche pas qu'une restriction soit générale ; c'est ce que dit expressément aussi le passage cité.

Ce sont là trois limitations suffisantes. En est-il de même d'une quatrième limitation, la limitation quant au temps ? Dans le cas *Gunmakers Co c. Fell* on lit le passage suivant : « Mais, à cette règle générale, il y a des exceptions : premièrement : que, si la restriction n'est qu'une restriction limitée en ce qui concerne le temps ou le lieu, et s'il y a une bonne considération donnée à la personne qui subit la restriction, le contrat ou l'accord, basé sur cette considération qui restreint ainsi une personne particulière, peut être bon et valable aux yeux de la loi en dépit de la règle générale. C'est exactement le cas *Mitchel c. Reynolds* » (1).

La limitation quant au temps est une des deux limitations qui se trouvent dans le cas *Mitchel c. Reynolds*. On se rappelle que dans ce cas la restriction était limitée à un lieu déterminé et à une durée de 5 ans. On se demandait si cette limitation suffisait à elle seule à rendre partielle une restriction. C'est là un point que nous aurons l'occasion d'examiner à propos de chacune des autres limitations dans le chapitre suivant.

Pour le moment qu'il nous suffise de constater que, même en admettant qu'elle ait cet effet, il ne faut pas que la durée du temps soit assez longue pour absorber

(1) *Willes*, 388.

la plus grande partie de la vie humaine. Une limitation qui s'étendrait à une telle durée ne serait qu'apparente et n'empêcherait pas, comme dans les cas de limitation quant à l'espace et de limitation quant à l'objet, que la restriction soit générale.

Dans le cas *Whittaker c. Howe* (1) la seule limitation à la restriction imposée à un avoué de ne pas exercer sa profession dans toute la Grande Bretagne était une limitation de temps, mais d'une durée de 20 ans, c'est-à-dire d'une durée trop longue pour limiter sérieusement la « *restraint of trade* ». Bowen L. J., en critiquant cet arrêt à l'occasion d'une espèce qu'il considérait comme un cas de restriction partielle, a dit : « Dans ce cas tout paraît clair sauf le jugement de la Cour. Le contrat ne contenait pas une restriction partielle, mais générale. La Cour, étant donné que la restriction était générale n'aurait pas dû chercher si elle était raisonnable ou non » (2).

Dans le cas *Nordenfellt* (3) la restriction était limitée à la durée de 25 ans ; mais elle a été, néanmoins, considérée par la majorité des juges comme une restriction générale. C'était fort juste ; le promettant ayant au moment où il avait contracté la restriction 46 ans, une durée de 25 ans absorbait pratiquement le reste de sa vie. Le fait que la restriction dans le cas *Nordenfellt* a été considérée comme une restriction générale (4) est

(1) 3 *Beav.*, 383.

(2) 1893, 1 *Ch.*, p. 658.

(3) 1894, *A. C.*, 535.

(4) Il est aussi à remarquer que la limitation de la restriction à un objet déterminé, dans ce cas, n'a pas empêché que la restriction ait été considérée comme une restriction générale, ce qui est aussi une illustration de ce que nous avons déjà dit sur le caractère apparent d'une limitation à une branche déterminée de commerce.

très remarquable ; c'est lui qui donne à ce cas célèbre toute son importance, comme inaugurant une nouvelle phase dans l'évolution de la jurisprudence anglaise. La nouveauté et l'audace du jugement rendu dans ce cas consistent à avoir appliqué à la restriction qui s'y trouvait, malgré son caractère général, le « *Standard* » de rationalité.

Il n'est pas même nécessaire que la durée du temps soit si longue. Une durée de 7 ans dans le cas *Saxelby* (1) a été considérée par Sargant J. comme une restriction pratiquement perpétuelle. Il en a donné une excellente raison. Quand le stipulant fixe une durée pour la restriction, cette durée, dans sa pensée, doit être suffisante pour qu'il s'empare entièrement de la clientèle de l'entreprise en question, et pour que le promettant, étant obligé pendant ce temps de diriger son activité vers une autre branche de commerce, perde tout contact avec son ancienne clientèle ; il lui serait alors très difficile, sinon impossible, de la reprendre, s'il voulait tenir le même commerce après l'expiration de la période (2).

Il nous reste maintenant à mentionner une cinquième et dernière limitation : limitation quant au mode d'exercice d'un commerce. Dans les notes de Smith sur le cas

(1) 1915, 2 Ch., 57.

(2) Voici en quels termes Sargant J. s'est exprimé dans le dit cas : « D'un autre côté, au point de vue de l'employé et du public, il est de première importance de remarquer que la restriction, qui s'étend à tout le Royaume-Uni, est générale en ce qui concerne le lieu, et qu'elle est limitée à une période considérable de 7 ans, une période qui est pratiquement assimilable à toute la vie du défendeur, puisque pendant cette période celui-ci sera obligé de gagner sa vie en s'occupant à une autre profession, et ne pourra pas, par conséquent, retourner à son ancienne profession avec espoir de succès ». (*Herbert Morris Ltd. c. Saxelby*, 1915, 2 Ch., p. 65).

Mitchel c. Reynolds, on lit le passage suivant : « Dans quelques cas, la restriction a été considérée comme raisonnable, étant limitée quant au mode d'exercice d'un commerce ou d'une profession, quoiqu'elle n'ait pas été limitée quant au lieu ; voir les cas de *Gales c. Reed* (8 East, 80) *Jones c. Lees* (1, H et N, 1, 89), *Vernon c. Hallan* (34 Ch. D 748) où une clause contractuelle qui interdisait de faire le commerce d'une façon particulière a été considérée comme raisonnable » (1).

Dans le cas *Nordenfell* Bowen L. J. a, lui aussi, énuméré parmi les restrictions partielles celles qui sont limitées quant au mode d'exercice d'un commerce (2).

Il est à remarquer que, souvent, on confond la limitation quant à l'objet et la limitation quant au mode d'exercice (3). En effet les deux catégories de limitations se rapprochent beaucoup.

De l'étude que nous venons de faire on peut dégager trois conclusions : 1^o la restriction est partielle, si elle est limitée quant au lieu, quant au temps (4), quant aux personnes, quant à l'objet ou quant au mode d'exercice. Une limitation simplement apparente, comme, par exemple, une limitation au Royaume Uni (limitation apparente quant au lieu), une limitation à une branche déterminée de commerce (limitation apparente quant à l'objet) ou une limitation à une durée très longue (limi-

(1) *Smith's Leading Cases*, 1, p. 481.

(2) 1893, 1 Ch., p. 662.

(3) C'est ainsi que les cas signalés comme exemples de limitations quant au mode d'exercice dans les Notes de Smith dont nous venons de citer un passage sont invoqués comme limitations quant à l'objet par Smith L.-J. dans le cas *Nordenfelt* (1893, 1 Ch., pp. 671-672).

(4) La limitation quant au temps est discutable, comme nous l'avons déjà vu.

tation apparente quant au temps) n'est pas susceptible de transformer la restriction, ainsi limitée, en restriction partielle ; 3^o *Il résulte de ces deux conclusions que la restriction générale, et ceci est la définition que nous avons cherché à dégager, est celle qui ne contient aucune de ces cinq limitations, ou qui ne les contient qu'en apparence.*

Cette définition, si elle n'a pas le mérite de pouvoir faire cadrer entre eux tous les textes de la jurisprudence anglaise, a du moins le mérite de concilier, dans la mesure du possible, les décisions souvent contradictoires rendues en cette matière (1). Il nous a paru indis-

(1) Comme exemples de définitions inexactes ou incomplètes données par des juges ou par des auteurs, nous citons les suivantes : a) Smith L. J. dans le *cas Nordenfeldt* (Cour d'appel) a défini la restriction générale comme une restriction d'une généralité absolue ; pour lui une limitation apparente serait prise en considération ; b) Souvent, quand on veut définir une restriction générale, on se contente de dire que c'est une restriction illimitée quant au lieu ; on ne parle pas des autres limitations possibles. On lit, par exemple, dans le jugement de Lord Herschell dans le *cas Nordenfeldt* (1894, A. C. 535) le passage suivant : « L'appelant a invoqué principalement que la clause était générale, c'est-à-dire illimitée quant au lieu, et qu'elle était par conséquent nulle. Je suis d'avis qu'il y a longtemps qu'on regarde comme établi en tant que partie du *common law* que cette clause générale ne peut pas être maintenue ». c) Quelquefois on donne des définitions incomplètes en énumérant quelques limitations et en en omettant d'autres ; c'est ainsi, par exemple, que Lord Bowen a donné les définitions suivantes : « La restriction générale peut être définie comme une restriction par laquelle une personne interdit à une autre d'exercer d'aucune façon sa profession dans une partie quelconque de l'Angleterre... Un accord en restriction partielle ou particulière de la liberté de commerce peut être défini comme une restriction dont l'étendue n'est pas absolue, le promettant se réservant le droit d'exercer son commerce dans quelques lieux, au profit de quelques personnes ou suivant un mode limité ou déterminé » (1893, 1 Ch., 630).

Arnold Jolly dans son *Contracts in Restraint of Trade*, Londres, 1914, 3^e édition, p. 10, a donné les définitions suivantes : « Une restriction

pensable de définir dès le début un terme dont il fallait connaître la signification exacte pour comprendre la deuxième phase de la jurisprudence anglaise. Il nous reste, maintenant, à vérifier cette définition en passant en revue quelques exemples de restrictions que la jurisprudence anglaise a considérées comme restrictions générales.

Dans le cas *Leather Cloth Co c. Lorsche* (1) la clause restrictive était celle-ci : Les vendeurs ne monteront directement ou indirectement, ni ne permettront, dans la mesure de leurs moyens, à aucune autre personne de monter, dans aucune partie de l'Europe, une société ou une usine ayant pour objet la fabrication ou la vente des produits fabriqués présentement par l'entreprise vendue. Cette clause est un exemple typique d'une restriction générale ; elle ne contient aucune limitation.

Dans le cas *Rousillon c. Rousillon* (2) la clause restrictive, constatée dans une lettre, était la suivante : « Je m'engage à ne pas représenter une autre maison de Champagne, pendant deux ans après avoir quitté votre maison ; si en un temps quelconque je la quitte pour quelque raison que ce soit, que cette raison vienne de votre part ou de la mienne, je m'engage aussi à ne pas m'établir à mon compte et à ne pas m'associer avec d'autres personnes ou d'autres maisons dans ce commerce de champagne pendant deux ans ». Il n'y a dans

générale est celle qui interdit à une personne tout exercice de sa profession dans une partie quelconque du Royaume-Uni. Une restriction partielle est celle qui n'est pas générale, mais limitée, soit quant au lieu (c'est-à-dire région déterminée du Royaume-Uni), soit quant aux personnes ».

On voit la nécessité de bien préciser le terme en présence de toutes ces définitions vagues ou incomplètes.

(1) 1869. 9 Eq. 345.

(2) 14 Ch. 351.

cette clause qu'une limitation quant au temps (deux ans).

Cette limitation n'étant pas considérée comme suffisante pour rendre la restriction partielle, la clause restrictive devait donc être traitée comme une clause générale (1).

Dans le cas *Badische Aniline und Soda Fabrik c. Schott, Segener et Co* (2) la clause restrictive était de ne pas s'occuper d'une entreprise semblable et de ne donner sur elle aucune information pendant trois ans après que le contrat aura pris fin : limitation quant au temps.

Dans le cas *Nordenfellt* (3) la clause restrictive ne contenait que deux limitations apparentes : une à un objet déterminé et l'autre à 25 ans (le promettant avait 46 ans) La clause était, par conséquent, générale.

Dans le cas *Underwood c. Barker* (4) la clause restrictive était la suivante. Le défendeur, pendant 12 mois après la cessation de service, ne s'occupera pas d'une entreprise pareille, n'entrera pas au service d'une personne qui s'occupe d'une entreprise similaire ; il n'agira pas non plus comme son représentant, et cela dans tout le Royaume Uni, la France, la Belgique, la Hollande et le Canada. La seule limitation était celle du temps.

Voici quelle était la clause restrictive dans le cas *Henry Leatham c. Johnstone White* (5). Pendant 5 ans

(1) Voir aussi *Ward C. Byrne* (5 M. et W. 548), où il n'y avait qu'une limitation à neuf mois ; *Hinde c. Gray* (1 M. et G. 195), où la limitation était de 10 ans ; *Whittaker c. Howe* (3 Beav. 383), où la limitation était de 2 ans après la cessation de service.

(2) 1892, 3 Ch. 447.

(3) 1894, A. C., 535.

(4) 1899, 1 Ch., 300.

(5) 1907, 1 Ch., 189, 322.

après, la cessation de service dans une ou plusieurs compagnies, le promettant n'entrera au service d'aucune compagnie qui s'occupera de la même entreprise dans tout le Royaume Uni. Ici, il n'y a aussi qu'une limitation quant au temps.

Cas *Nevanas & C. c. Walker and Foreman* (1) : le Directeur pendant un an après la fin du contrat de louage de service ne s'occupera ni ne s'intéressera, seul ni avec d'autres, ou comme représentant, directement ou indirectement, dans une entreprise similaire, sauf avec, le consentement du stipulant. Il est à remarquer que, pour pouvoir cesser avec le consentement du stipulant, la clause restrictive n'en restait pas moins générale, celui-ci pouvant toujours la prolonger indéfiniment.

Dans le cas de *Stuart c. Halstead* (2) et de *Wallis c. Day* (3) la clause restrictive était générale ; elle n'était pas même limitée quant au temps.

Ces exemples confirment la définition que nous avons donnée de la restriction générale.

SECTION II

Sort des « restrictions générales ». Nullité absolue

Nous avons déjà vu que toute restriction générale était nécessairement nulle. Telle était la règle inflexible et rigide.

Cependant, on avait dû reconnaître à cette règle une exception en ce qui concerne les secrets de commerce.

(1) 1914, 1 Ch., 413.

(2) 1911, 55 Sol. J., 598.

(3) 2 M. et W., 273.

§ 1. — FONDEMENT DE LA RÈGLE

La règle que toute restriction générale est nulle est basée sur une présomption absolue d'irrationalité. Cette présomption est, elle-même, basée principalement sur l'idée que la restriction générale mène à un régime de monopole ; et la prohibition du régime de monopole est à son tour basée sur la police publique. On voit bien, maintenant, l'enchaînement de ces trois considérations : présomption absolue d'irrationalité, régime du monopole et police publique. Reprenons les successivement.

A. *Présomption absolue d'irrationalité.*

Toute restriction générale est considérée, dans cette phase, comme dépassant la mesure nécessaire à la protection des parties et comme nuisible aux intérêts du public.

Il peut arriver également qu'une restriction partielle soit excessive pour la protection des parties ; mais ce qui fait la particularité des restrictions générales c'est qu'on les considère toujours comme excessives. Leur irrationalité est évidente, et par conséquent leur nullité s'impose. Cela s'expliquait assez bien, étant donné l'état du commerce à cette époque. Parker C. J. a pu dire avec raison, dans le cas *Mitchel c. Reynolds* : « Qu'importe à un commerçant de Londres ce que fait un autre commerçant à Newcastle ! Il est, sûrement, déraisonnable de porter un préjudice certain à une partie sans que l'autre en tire aucun avantage » (1).

(1) *Smith's Leading Cases*, 1, p. 464.

Les voies de communication étaient alors peu développées, et le commerce n'était pas encore devenu mondial. La restriction générale était, un sacrifice sans contrepartie. Celui qui se l'imposait subissait un dommage réel, en paralysant son activité. Par contre, le stipulant n'avait pas besoin d'une restriction très large pour se protéger contre la concurrence du promettant. Il lui suffisait d'éloigner son concurrent éventuel de la région où se trouvait l'entreprise, de lui interdire d'exercer le même commerce pendant un certain temps ou de traiter avec certaines personnes, en un mot de lui imposer une simple restriction partielle, pour être pleinement protégé.

Seulement, en établissant cette présomption, qui était fort juste au moment où elle s'est dégagée, la jurisprudence anglaise a commis une erreur qui ne paraissait pas alors grave, mais qui était grosse de conséquences. En voulant consolider la présomption, elle l'a isolée de sa raison d'être, de son fondement.

Elle a fini par l'envisager d'une façon abstraite, en dehors du milieu qui lui donnait sa signification pratique. Elle a trop négligé la considération de la police publique, qui était à sa base et qui rendait nécessaire son adaptation constante. La règle a subsisté tant qu'elle a pu envelopper dans son cadre étroit la vie économique ; mais, peu à peu, le cadre s'est brisé et la règle a dû fléchir. Ainsi s'explique-t-on que la plus haute Cour de l'Empire Britannique ait saisi l'occasion, dans le *cas Nordenfellt*, de secouer la poussière accumulée autour de cette règle au cours de longues années d'existence juridique, et de lui donner un regain de fraîcheur, en la rattachant de nouveau à sa raison d'être.

B. Régime du monopole

La présomption absolue contre la restriction générale trouvait sa base, non seulement dans l'idée qu'une telle restriction dépassait la mesure nécessaire pour la protection des parties, mais aussi, et surtout, dans l'idée que la fréquence systématique de ces restrictions peut amener à un régime de monopole ; car il faut remarquer que la société est intéressée à ce que le plus grand nombre possible de travailleurs apparaissent sur la scène de la lutte économique pour assurer un régime de libre concurrence.

Dans le cas d'une restriction partielle, il y a moins de chance qu'un régime pareil s'établisse. Quand il y a une limite à la restriction, il est évident que la partie du public qui se trouve en dehors de la limite gagne ce que perd la partie du public qui se trouve en dedans ; peu importe au public qu'une personne travaille dans un endroit ou dans un autre, avec telles ou telles personnes, du moment qu'elle travaille et assure ses services à la communauté.

Dans le cas de la restriction générale on exclut entièrement du champ de libre concurrence des personnes capables de s'engager énergiquement dans la lutte. On s'achemine ainsi vers un régime de monopole. Il est à remarquer que le mot « monopole » est employé ici dans le sens de monopole de fait, monopole qui se réalise en éliminant peu à peu, par des clauses restrictives générales, les concurrents actuels ou éventuels (1).

(1) C'est ainsi qu'on lit dans les Notes de Smith sur le cas *Mitchel c. Reynolds* le passage suivant : « Le terme monopole ne peut pas être employé ici dans la signification légale technique de droit accordé par

C. La police publique

C'est la troisième considération, et la plus générale, qui se trouve à la base de notre règle. La police publique exigeait, au moment où la règle s'est établie, que la liberté de travail l'emporte sur la liberté de contrat, pour éviter un régime de monopole et pour assurer à chacun le moyen de gagner sa vie. Mais il ne faut pas perdre de vue que la police publique est une notion variable. Toute règle basée sur cette notion est destinée à varier avec elle. C'est ainsi que Kekewich J. a dit dans le cas *Davies c. Davies* : « Toutes les autorités, de la première jusqu'à la dernière, sont d'accord sur une seule chose : que la théorie sur ce sujet est basée sur la « police publique » et je ne puis voir dans les opinions divergentes sur la matière qu'une illustration du « dictum » bien connu de M. Justice Burrough dans *Richardan c. Mellish*, Bing 220, 252) que la police publique est une cavale fort indisciplinée et que, lorsque l'on vient à l'enfourcher, on ne sait jamais où elle vous mènera. La police publique n'est pas susceptible d'une définition précise ; elle n'est pas aisée à expliquer... La seule chose

la couronne... Les savants juges envisagent un ensemble de circonstances où une certaine branche d'industrie ou de commerce a passé ou est vraisemblablement sur le point de passer dans la main ou sous le contrôle d'un seul individu, et ils indiquent que, si une restriction doit vraisemblablement amener ce résultat elle peut, pour des causes d'ordre public, être insusceptible d'exécution forcée, bien que raisonnable par rapport aux intérêts des parties. Un tel ensemble de circonstances, en éliminant la concurrence, peut entraîner les maux qu'on estime être attachés aux monopoles de droit accordés par la couronne... » (*Smith's Leading Cases*, 1, p. 471). Le monopole est encore défini ainsi par Farwel dans le cas *North-Western Salt Co c. Electrolytic Alkali Co* (107 L. T., 439).

que je tiens pour claire, c'est que la police publique est une quantité variable. Elle doit varier, et elle varie, avec les habitudes, les capacités et les opportunités du public. Elle ne pouvait pas avoir le même sens au moment où Tindal C. J. a jugé le cas *Horner c. Grave* en 1831 qu'au moment où Parker C. J. a jugé le cas *Mitchel c. Reynolds* en 1711. Elle a dû encore changer et a changé entre 1831 et 1869 quand James V. C. a jugé le cas *Leather Cloth Co c. Lonsont*, et s'il n'y a pas eu de nouveaux changements avant le moment où Fry L. J. a jugé *Rousillon c. Rousillon*, ils ont dû se produire maintenant » (1).

Nous aurons l'occasion de revenir sur cette notion fuyante de la police publique.

§ 2. PORTÉE DE L'EXCEPTION A LA RÈGLE DE LA NULLITÉ DE LA RESTRICTION GÉNÉRALE

A la règle de la nullité de la restriction générale, on admettait une exception. On pouvait imposer à une personne une restriction générale, celle de ne pas révéler les secrets du commerce ou d'une entreprise cédés par elle, ou d'une entreprise dans laquelle elle était employée (2). Cette exception n'est qu'apparente. A vrai dire, le domaine des secrets de commerce doit rester en dehors de celui des « *restraints of trade* ». Une restriction aussi étendue est toujours nécessaire pour la protection des intérêts du stipulant; la nature même des secrets de commerce n'admet pas qu'on les révèle sans qu'ils perdent

(1) 1887, 36 Ch., p. 364.

(2) Dans le cas *Byran c. Whitehead* (1, S et S. 1821, 74), Sir John Leach a dit : « Quoique la police publique ne permette pas une restriction générale, un commerçant peut vendre les secrets de son commerce et s'imposer une restriction générale de ne pas les révéler ».

toute leur valeur. D'un autre côté le public ne souffre aucunement quand une personne se substitue à une autre dans l'utilisation de secrets destinés par leur nature à rester dans la possession d'un seul bénéficiaire. Dans le cas *Nordenfelt* (Cour d'appel) Lord Bowen, en critiquant les motifs du jugement rendu dans le cas *Leather Cloth Co c. Lorson* a dit : « Le défendeur dans *Leather Cloth Co c. Lorson* a vendu à la Compagnie demanderesse certains brevets pour la fabrication des vêtements de cuir américain avec tous les procédés de cette fabrication. En retour il s'est engagé à ne pas s'occuper, dans une partie quelconque de l'Europe, de la fabrication qui fait l'objet de ce brevet, et à ne communiquer à aucune personne, ou personnes, les procédés de cette fabrication, de façon à ne troubler en aucune façon la jouissance exclusive par la compagnie demanderesse de tous les avantages cédés par le défendeur. Ce n'était rien autre qu'une vente de secrets de commerce avec une clause correspondante de ne pas en user ou de ne pas les divulguer et, bien plus, la vente d'un procédé qui ne peut-être utilisé sans être divulgué. La vente des secrets de commerce ne rentre pas du tout dans le principe ou le méfait des *restraints of trade*. Par cette transaction, en pareil cas, le public gagne d'un côté ce qu'il a perdu de l'autre et, à moins qu'une telle transaction ne soit traitée comme en dehors de la doctrine des « *restraints of trade* » générales, il ne peut y avoir aucune vente de secrets de commerce. Pour justifier une exception si évidente, il n'était pas nécessaire de nier la règle de la « *Common Law* » contre la « restriction générale (1) ».

(1) 1893, 1 Ch., pp. 659-660.

CHAPITRE III

Les restrictions partielles.

Nous avons vu qu'il y avait une présomption relative contre les restrictions partielles. Celles-ci n'étaient valables qu'à condition de prouver leur caractère limité, leur rationalité et l'existence d'une considération équivalente.

L'étude analytique que nous consacrerons à ces trois conditions, nous montrera que la jurisprudence anglaise a évolué, au cours de la deuxième phase, dans un sens favorable à la liberté de contrat, et a fini par détruire cette présomption relative.

SECTION I

Première condition. Caractère limité des restrictions.

Ce caractère limité existe dès qu'il y a une des cinq limitations que nous avons déjà énumérées ; limitation quant à l'espace, quant aux personnes, quant à l'objet quant au mode d'exercice et quant au temps (1). Il n'est pas nécessaire que plusieurs limitations se réunissent

(1) Avec la réserve que nous avons déjà formulée à propos de cette dernière limitation.

pour produire cet effet ; une seule suffit. Cette remarque est utile pour éviter une erreur : quelquefois on renverse la situation et on considère que la restriction n'est pas partielle parce que l'une de ces limitations fait défaut, alors que d'autres existent et lui donnent ce caractère (1).

§ I. — LIMITATION QUANT A L'ESPACE

Cette limitation est apparue dans la jurisprudence anglaise comme la première et la plus importante. Cela peut s'expliquer par le fait que, pour les besoins du commerce, c'est l'espace qui importe le plus. Une limitation quant à l'espace a beaucoup de chance de rendre la restriction raisonnable, tandis que l'absence d'une telle limitation la rendrait vraisemblablement déraisonnable. On est allé quelquefois jusqu'à affirmer que seule la limitation quant à l'espace peut rendre la restriction partielle. C'est là une erreur que Smith L. J. a tenu à rectifier, dans le *cas Nordenfelt*, en citant des exemples de restrictions partielles limitées seulement quant à l'objet ou quant aux personnes.

« Ces cas, a-t-il dit, prouvent qu'une restriction, limitée quant aux personnes avec lesquelles on est en relations commerciales ou quant au commerce auquel on ne peut se livrer, peut être valable même si elle est illimitée quant à l'espace. A mon avis il n'existe point, comme on l'a

(1) C'est ainsi qu'on considère quelquefois la restriction comme générale du moment qu'elle est illimitée quant à l'espace, sans regarder si elle est illimitée aux autres points de vue (Cf : les opinions des Lords Herschell et Watson dans le *cas Nordenfelt* : 1894, A. C. 535).

prétendu, de règle rigide (*hard and fast rule*) en ce sens qu'une restriction soit nécessairement nulle, quand elle est illimitée quant à l'espace. Au contraire, à mon sens, une clause en restriction partielle du travail, même illimitée quant à l'espace, peut-être valable s'il résulte des circonstances du cas particulier auquel est elle appliquée qu'elle est raisonnable et qu'elle n'est pas au détriment du public (1) ».

La limitation quant à l'espace doit être sérieuse. La limitation qui s'étend à tout le « Royaume Uni » n'est comme nous l'avons vu, qu'apparente. En fermant le marché national au travailleur anglais, on l'exclut du marché où il peut le mieux exercer son activité. Il arrive, quelquefois, qu'une restriction s'étende, non pas seulement au Royaume Uni, mais aussi à quelques pays étrangers, et même au monde entier. Une question se pose alors en ce qui concerne les pays étrangers : un tribunal anglais doit-il considérer comme valable une restriction qui s'étend au-delà du Royaume Uni sous prétexte que la police publique du droit anglais n'est pas intéressée à ce qui se passe à l'étranger ? La question a été laissée ouverte par la majorité des juges dans le cas *Lamson Pneumatic Tyre Co. c. Phillips* (2). Nous pensons qu'il faut la résoudre par la négative. La police publique anglaise est toujours intéressée à ce qu'un anglais ne soit pas empêché de gagner sa vie en dehors du Royaume Uni par une restriction qui s'étend au-delà de cette limite (3).

(1) 1893, 1 Ch., p. 672.

(2) 91 L. T. 363.

(3) Cf. JOLLY, *Contracts in restraint of trade*, 3^e éd., Londres, 1914, pp. 22-23 : « En principe il est difficile de comprendre pourquoi, si des considérations de police publique rendent nulle une restriction

Quelquefois en présence d'une limitation quant à l'espace, une difficulté s'élève quant au mode de calcul de la distance désignée. Dans le cas « *Leigh. c. Hind* (1) Parke J. a dit : « Je pense que le mode technique de calcul de la distance, c'est de prendre une ligne droite de maison à maison, en langage courant, à vol d'oiseau ».

Ce mode de calcul a été adopté dans les cas *Duignam c. Walker* (2) et *Mouflet c. Cole* (3) et c'est dans le dernier qu'il a été définitivement consacré (4).

Nombreux sont les cas où des restrictions limitées quant à l'espace ont été considérées comme valables. A titre d'exemple nous citons *Chesman c. Nainby* (5). *Clerk c. Comer* où la restriction était limitée à la ville de Westminster ; *Davis c. Mason* (6). *Bunn c. Guy* (7) où la restriction était limitée à Londres et 150 milles autour ; *Lighlen c. Wales* (8) où la restriction était limitée à une route déterminée ; *Proctor c. Sargent* (9)

imposée à un étranger de faire le commerce dans le pays (Cf. *Rousillon c. Rousillon* : 14 C. D., 35), ces considérations ne s'appliqueraient pas à une restriction imposée à un anglais de gagner sa vie à l'étranger ».

(1) 9 B. et C., 774.

(1) 1 Johns., 446.

(3) C. R., 8 Ex., 32.

(4) On fixe, assez souvent la limitation à « Londres ». Dans le cas *Mallan c. May* (11 M. et W., 653), le mot « Londres » a été interprété comme désignant la ville de Londres ; c'est son sens normal. Cependant il dépend de chaque espèce que le mot « Londres » soit pris dans le sens de la ville ou dans un sens plus étendu, comme, par exemple, le « County » ; Cf. les cas *Beckford c. Crutwell* (1 M. et Rob., 187), *Smyth c. Smyth* (10 Bing., 406), *Wallace c. J. G.* (33 L. J., Ch. 314), *Provident Co c. Mason* (1913, 1 K. B., 65 ; 1913, A. C., 724).

(5) 2 Str., 739.

(6) 5 T. R. 118.

(7) 4 East, 190.

(8) 3 M. et W., 545.

(9) 2 M. et G., 20.

où la restriction était limitée à 5 milles autour de « Northampton Square »; *Mumfort c. Gething* (1) où la restriction était limitée à la région où un voyageur de commerce avait été employé.

§ 2. — LIMITATION QUANT AUX PERSONNES.

Quelquefois, une limitation quant aux personnes n'est qu'une limitation quant à l'espace ; par exemple, quand il s'agit d'une clause restrictive qui s'étend à la clientèle dans un endroit déterminé, c'est l'endroit qui est visé et non la clientèle. Mais le plus souvent c'est réellement une limitation quant aux personnes. C'est ce qui se produit quand la limite d'espace et celle de personnes ne sont pas identiques, comme dans le cas *Rannie c. Irvine* (2) où la restriction était limitée à la clientèle d'un boulanger quel que soit l'endroit où elle se trouve. C'était la clientèle qui était visée, et non l'endroit.

Généralement la limitation quant aux personnes a pour but pratique de conserver la clientèle d'un fonds de commerce. Il faut alors que cette clientèle soit déterminée, ou tout au moins déterminable. Il a été jugé qu'une limitation s'étendant à toutes les personnes qui pourraient devenir des clients dans l'avenir n'était pas une véritable limitation, car la clientèle n'était pas même déterminable (3). Un exemple de clientèle bien déterminée se trouve dans le cas *Rannie c. Irvine* déjà cité ; à propos de ce cas Tindal C. J. a fait remarquer que la

(1) 7 C. B. N. S., 305.

(2) 7 M. et Gr., 969.

(3) *Nicholls c. Stretton* (10, Q. B., 346) ; *Baines c. Geary* (35 C. D., 154) ; *Davies, Turner et Co c. Lowen* (64, L. T., 655).

restriction était virtuellement limitée à un nombre déterminé de personnes, fixé d'avance par les parties. Un exemple de clientèle déterminable se trouve dans le cas *Dubowski c. Goldstein* (1) où l'entreprise avait strictement un caractère local. Il semble soutenable que le choix des éléments qui permettront de déterminer l'étendue de la limitation ne doit pas être abandonné à la volonté arbitraire du stipulant ; sans quoi, celui-ci pourrait étendre la restriction jusqu'à la rendre pratiquement générale (2).

Une autre catégorie de limitations quant aux personnes se trouve dans les engagements de service exclusif. Il arrive souvent qu'une personne s'engage à servir exclusivement une autre personne pendant toute sa vie. Il y a là une restriction à la liberté de travail ; c'est une restriction limitée quant aux personnes, puisque l'employé s'interdit de servir aucune autre personne que son patron. La restriction est fort étendue (3). Seul le patron demeure en dehors, et c'est cela seul qui empêche la restriction d'être générale. Aussi faut-il que le patron garantisse à l'employé une situation stable. Si la restriction donne l'option au patron de garder ou de renvoyer l'employé, tout en interdisant à celui-ci de servir

(1) 1896, 1 Q. B., pp. 484-486.

(2) Cependant dans le cas *Gale c. Reed* (8 East, 80) le promettant s'est engagé à donner au stipulant tout le travail de cordage commandé par tous ses amis et ses relations, dans lesquels le stipulant pourrait avoir confiance. Il fut décidé que la restriction était partielle, étant donné qu'il pourrait y avoir des amis et des relations dans lesquels le stipulant n'aurait pas confiance. Il est à remarquer que ce critérium de confiance qui donne un caractère limité à la restriction dépend entièrement du stipulant lui-même.

(3) Dans le droit français un contrat de louage de service pour toute la vie est nul (Cf. art. 1780, C. civ.).

un autre patron, elle sera nulle (1). Mais, si l'employé a le droit de s'engager ailleurs quand son patron lui donnera congé, la restriction est valable (2). L'essentiel est que l'employé puisse trouver un moyen de gagner sa vie, en servant un patron ou un autre, même s'il se borne à en servir un seul pendant toute sa vie (3).

§ 3 — LIMITATION QUANT A L'OBJET.

Dans un sens très large la limitation quant à l'objet indique toute limitation qui ne concerne ni le temps ni l'espace. Ainsi Smith L. J. en parlant dans le *cas Nordenfjelt* des limitations quant à l'objet a cité des exemples de limitations quant aux personnes (*Gale c. Reed* (4), *Young C. Timmins* (5) *Wallis C. Day* (6), *Mills c. Dunham* (7), et des limitations quant au mode d'exercice (*Jones c. Lees* (8)). Pour éviter toute confusion nous préférons employer le mot « objet » dans un sens plus restreint pour indiquer une entreprise déterminée.

Nous avons vu qu'une restriction s'étendant à toute une branche d'industrie ou de commerce ne comporte qu'une limitation apparente. Pour que la limitation

(1) Elle sera nulle, à défaut de réciprocité ; voir dictum de Maule B. dans le cas *Hartley c. Gummings* (5 C. B., 260).

(2) *Measures Brothers Lt. c. Measures* (1910, 2 Ch., 248).

(3) *Wallis c. Day* (2 M. et W., 273) ; *Young c. Timmins* (1 Tyr. 226) ; *Pilkington c. Scott* (15 M. et W., 657) ; *Hartley c. Cummings* (5 C. B., 247) ; *Robinson c. Heuer* (1898, 2 Ch., 451).

(4) 8 East, 80.

(5) Tyr., 226.

(6) 2 M. et W., 273.

(7) 1891, 1 Ch., 576.

(8) 1 H. et N., 189.

quant à l'objet soit sérieuse, il faut que la restriction ne soit pas si étendue, et qu'elle se limite à quelques éléments de l'entreprise.

Dans le cas *Ainsworth c. Bentley* (1) Lord Hatherely a dit : « Il n'a jamais été décidé qu'une personne ne pût être obligée à respecter son engagement de ne pas vendre ou s'occuper d'un article particulier (2) ». Dans le cas *Servais Bouchard c. Prince's Restaurant* (3) une restriction qui imposait à un restaurateur de ne pas se servir de liqueurs autres que celles fournies par le stipulant a été jugée également valable.

On peut aussi considérer comme une restriction limitée quant à l'objet celle qui impose à un auteur de ne pas écrire sur certains sujets, comme, par exemple, dans les cas *Morris c. Coleman* (4), *Ingram c. Stiff* (5), *Stiff c. Cassell* (6).

§ 4. — LIMITATION QUAND AU MODE D'EXERCICE

Cette limitation se rapproche beaucoup de la précédente; mais elles ne sont pas identiques. Ici, il ne s'agit pas de limiter l'objet même de l'entreprise, mais simplement les moyens adoptés pour sa marche. C'est une limitation plus modeste, mais plus fréquente en pratique. Dans le cas *Jones c. Lees* (7) une restriction qui obligeait le défendeur à se servir, dans toutes les machines de sa

(1) 14 W. R., 630.

(2) Cf. *Mouchel c. Cubbit et Co* (24 R. P. C., 194).

(3) 20 T. L. R., 574.

(4) 18 Ves, 437.

(5) 5 Jur. N. S., 947.

(6) 2 Jur. N. S., 348.

(7) 1 H. et N., 189.

fabrication, d'une invention du demandeur a été jugée partielle, bien qu'elle n'ait pas été limitée quant à l'espace. Dans *United Shoe Manufacturing Co c. Brunet* (1) le *Conseil Privé* a jugé valable une restriction qui imposait au défendeur de ne se servir, pour la fabrication des souliers, que des machines louées par le demandeur. Pareille restriction a été jugée valable dans le cas *British United Shoe Co c. Somervell* (2). Dans le cas *Dietrichsen c. Cabbunn* (3), le défendeur s'était engagé à fournir au demandeur de l'huile avec un rabais de 40 0/0 et à ne consentir aux autres clients qu'un rabais de 25 0/0. Il y a là un exemple assez curieux de limitation quant au mode d'exercice, puisque le défendeur s'est imposé une restriction quant à la facilité de fixer ses prix. Cependant on n'avait pas soulevé dans ce cas la question des « *restraints of trade* ». Voilà qui évoque déjà une catégorie fréquente des restrictions que les fournisseurs en gros imposent aujourd'hui aux petits commerçants dans la fixation des prix de détail. Le cas *Elliman C. Carrington* (4) est un cas de ce genre ; Kekewich J. a fait remarquer que le fournisseur en gros n'était aucunement tenu de vendre ses marchandises ; il était libre par conséquent de fixer les conditions sous lesquelles il les vendrait.

Il arrive, quelquefois, que la limitation quant au mode d'exercice concerne le nom commercial. Dans le cas *Vernon c. Hallam* (5) le défendeur s'était engagé à n'exercer aucune profession de fabricant sous le nom de Hallam,

(1) 1909, A. C., 330.

(2) 1906, 95, L. T., 711.

(3) 2 Ph., 52.

(4) 1901, 2 Ch., 275.

(5) 34 C. D., 748.

la restriction était ainsi illimitée quant à l'objet, à l'espace et au temps, mais limitée quant au nom. Sterling J. pour justifier la clause, l'a considérée comme hors du domaine des *restraints of trade*. Cette attitude n'est ni exacte ni nécessaire. Elle n'est pas exacte, car le fait d'interdire l'exercice d'un commerce sous un nom déterminé constitue évidemment une limitation quant au mode d'exercice de ce commerce. Elle n'est pas nécessaire, car, pour justifier la restriction dans l'espèce, il n'y a pas besoin de dire qu'il ne s'agit pas d'une restriction à la liberté du travail ; il suffit de dire que cette restriction est partielle et raisonnable. D'ailleurs, le juge à la fin de son *dictum* s'est borné à dire que la clause ne tombe pas dans la catégorie de *restraints of trade* qui est considérée comme nulle (1).

Une application curieuse de la limitation quant au nom se trouve dans le cas *Hepworth Manufacturing Co c. Ryot* (2). Les demandeurs, producteurs de films, ont employé le défendeur comme acteur sous le pseudonyme de *Stewart Rome*, et ont stipulé que ce pseudonyme resterait leur propriété exclusive. Le nom de *Stewart Rome* a acquis une très grande réputation grâce, d'une part, à l'habileté de l'acteur, et d'autre part, à l'habile réclame faite par la compagnie. L'identité professionnelle de l'acteur était tellement confondue avec

(1) Voici en quels termes il s'est exprimé : « Il n'y a pas ici une véritable restriction à la liberté de commerce, mais une restriction à l'emploi d'un nom personnel dans le commerce. Cependant on a contesté qu'il s'agisse ici d'une *restraint of trade*. Aucune autorité n'a été citée à l'appui de cette affirmation ; il me semble que la clause ne tombe pas dans cette catégorie de clauses *in restraint of trade* qui sont considérées comme nulles ». (Opinion d'Astbury J. dans *Hepworth Manufacturing Co c. Ryot*, 1920, 2 Ch., pp. 13-14).

(2) 1920, 1 Ch., p. 1.

son pseudonyme, que sa valeur commerciale, ont déclaré. les juges, eût diminué de moitié sous un autre nom. La clause qui réservait la propriété exclusive du pseudonyme à la compagnie a été jugée en restriction à la liberté de travail; c'est une clause partielle, mais déraisonnable. Astbury J. a dit à ce propos : « A mon avis le contrat attaqué est en restriction de la liberté du travail...; pour cette raison il est tyrannique et oppressif. Bien des considérations peuvent être invoquées à l'appui de la proposition que la promesse par un homme de ne pas travailler sous un nom particulier n'est pas en *restraint of trade* et est permise par la loi. Il dépend du caractère du travail et de beaucoup d'autres circonstances qu'elle soit ou non en *restraint of trade* et qu'elle rentre dans celles dont la loi autorisera ou dans celles dont la loi n'autorisera pas l'exécution forcée... Prenons ces deux hypothèses extrêmes. 1^o Supposons qu'un maçon (*Stewart Rome*) s'était engagé à ne pas poser de briques désormais sous ce nom. Personne ne peut imaginer que sa tranquillité d'esprit ou sa bourse soit affectée, s'il doit, après cela, se sentir tenu à se conformer à un engagement aussi ridicule. 2^o Supposons un chirurgien (*Stewart Rome*), d'une réputation mondiale, s'étant engagé à enlever sa plaque, à quitter son quartier et à s'installer dans une nouvelle localité sous un nom inconnu sans le droit de faire connaître son existence à l'humanité souffrante. Je ne doute pas qu'un tel engagement, dans quelque circonstance qu'il soit contracté, n'enfreigne les principes si clairement expliqués et posés dans les autorités que j'ai citées » (1).

Ce cas, bien qu'il concerne, en apparence, la propriété

(1) *Hepworth Manufacturing Co c. Ryot* (1920, Ch. 1, p. 134).

du nom, est un cas de restriction à la liberté du travail, restriction limitée quant au nom, c'est-à-dire quant au mode d'exercice (1). Ce qui est particulier ici, c'est qu'il ne s'agit pas d'un véritable nom, mais d'un pseudonyme (2). Nous reviendrons sur l'analyse de ce cas intéressant en parlant de la rationalité dans les contrats de louage de service.

§ 5. — LIMITATION QUANT AU TEMPS

La limitation quant au temps se rencontre assez fréquemment dans les restrictions à la liberté de travail

(1) C'est ainsi que Warrington L. J. a dit : « Je suis incapable de comprendre comment le nom, sous lequel ce *gentleman* joue, peut-être l'objet d'un droit de propriété appartenant à la compagnie. On peut comprendre la propriété du *Copyright* des productions littéraires ou artistiques ; mais, qu'il puisse y avoir un droit de propriété à l'usage d'un pseudonyme par un acteur dépasse ma compréhension. Cela signifie tout simplement, je pense, que l'acteur n'a pas dans les rapports entre lui et la compagnie le droit d'user de ce nom sans le consentement de cette dernière ». (1920, 1 Ch., pp. 18-19).

(2) Eve J. a dit : « A mon avis, l'insertion de la clause dans le contrat obligeant l'artiste à adopter le pseudonyme était un détour... pour contrôler l'employé à sa sortie du service du patron, par une tentative de créer en celui-ci une sorte de droit de propriété dans le nom par lequel l'employé a été désigné, et qui l'a identifié dans sa profession. C'est un détour qui, à mon avis, a échoué, parce que, si l'argumentation était poussée à ses conséquences logiques, on arriverait à ceci : que les appelants seraient obligés de prétendre que, si l'adoption du pseudonyme avait été complètement négligée, ce contrat ne serait encore pas un contrat « in restraint of trade », bien que, d'après ses propres termes, un homme ait accepté de ne pas se servir de son propre nom, dans quelque but que ce soit, et qu'il ne doive pas être annoncé comme acteur dans cette affaire particulière ou dans quelque chose ayant rapport avec elle, sous son nom propre. Je pense qu'il est tout à fait impossible, suivant l'interprétation exacte et loyale de ce contrat, d'arriver à une conclusion autre que : le contrat est « in restraint of trade » (1920, 1 Ch., pp. 33-34).

C'est une question très controversée de savoir si une limitation quant au temps suffit, à elle seule, à rendre la restriction partielle. Nous reproduisons ici deux affirmations opposées émises à ce propos par deux juges bien connus. Cotton L. J. a dit dans le cas *Davies c. Davies* : « Si une clause est limitée d'une façon quelconque, soit suffisamment quant à l'espace, soit suffisamment quant au temps, elle ne sera pas considérée comme une restriction générale, mais comme une restriction partielle (1) ». D'un autre côté, nous voyons Bowen L. J. dans le cas *Nordenfeli* s'exprimer dans un sens contraire. « Une simple limitation quant au temps, dit-il, par elle seule n'a jamais été considérée comme pouvant convertir une promesse en restriction générale du travail en une promesse en restriction du commerce partielle... Les restrictions générales quant à l'espace, bien que limitées quant au temps, sont généralement nulles pour des considérations de police publique (2) ».

Quant on examine de plus près la jurisprudence anglaise sur ce point, on remarque une tendance à considérer qu'une limitation quant au temps est insuffisante pour rendre la restriction partielle. Dans le cas *Ward c. Byrne* (3) les demandeurs étaient marchands de charbon, et le défendeur était un voyageur de commerce qui s'était engagé à ne pas servir un autre marchand de charbon pendant neuf mois après la cessation

(1) 1887, 36 Ch., 383.

(2) 1893, 1 Ch., 652. Cf. Lindley M. R., dans *Haynes c. Doman* : « Il est remarquable qu'on ne puisse pas trouver un cas où une restriction, qui était irréprochable autrement, ait été considérée comme nulle uniquement parce qu'elle était illimitée quant au temps ». (1899, 2 Ch., pp. 23-24).

(3) 5 M. et W., 548.

de son contrat de louage de service ; cette restriction a été considérée comme générale en dépit de la délimitation quant au temps (1). Dans le cas de *Hinde c. Gray* (2) le défendeur s'était engagé à ne pas s'occuper par ailleurs du commerce de la bière tant qu'il aurait le dépôt de la bière appartenant au demandeur à Sheffield. Tindal C. J. a considéré la restriction comme générale, en dépit de la limitation quant au temps ; il a appliqué le principe dégagé du cas précédent (*Ward c. Byrne*). Dans le cas *Allsopp c. Wheatcroft* (3) la restriction était limitée à une durée de deux ans après la cessation de service ; néanmoins, elle a été considérée comme une restriction générale.

Par contre, dans le cas *Whittaker c. Howe* (4) un avoué s'est engagé à ne pas exercer sans le consentement des demandeurs sa profession dans la Grande Bretagne pendant 20 ans. Lord Langdale a considéré la restriction comme partielle étant données la nature de la profession et la limitation quant au temps. Ce dernier cas affirme un point de vue contraire à celui établi dans les trois cas précédents. Cependant il faut avouer qu'il a eu une action très faible sur l'orientation de la jurisprudence qui a affirmé une tendance très marquée à s'aiguiller en sens contraire. Son autorité était d'autant plus faible que la durée de 20 ans à laquelle la restriction se trouvait limitée était trop longue pour être une véri-

(1) Dans ce cas Parke J. a fait remarquer, et il a répété plus d'une fois, qu'il n'y a pas une autorité en faveur de la thèse qu'une restriction est partielle quand elle est limitée uniquement quant au temps.

(2) 1 M. et Gr., 195.

(3) L. R. 15 Eq., 59.

(4) 3 Beav., 383.

table limitation. Il n'y avait pas dans l'espèce de restriction limitée même quant au temps (1).

Mais il faut remarquer que, même en adoptant l'opinion qu'une limitation quant au temps est insuffisante pour rendre la restriction partielle, cette limitation reste néanmoins un élément influant sur l'appréciation de la rationalité de la restriction (2). « Une limitation quant au temps, a dit Lord Bowen dans le cas *Nordenfelt* (3), ne suffit pas par elle-même à convertir une restriction générale en restriction partielle... Néanmoins, en appréciant la rationalité d'une restriction partielle, le temps pour lequel elle est imposée pourrait être un élément matériel à considérer ».

La limitation quant au temps se trouve assez fréquemment réunie à une limitation quant à l'espace dans la même restriction. Les deux limitations doivent alors se contrebalancer : si la limite d'espace est très large la durée du temps devient très importante pour apprécier la rationalité de la restriction (4) et inversement, si la durée du temps est très longue, la limite d'espace ne doit pas être très large pour que la restriction soit raisonnable (5).

Sur tous ces points le droit américain est conforme au droit anglais, notamment sur ce point qu'une limitation

(1) *Cotton J.*, qui était partisan de l'efficacité d'une limitation quant au temps pour rendre la restriction partielle, hésitait à s'appuyer sur ce cas pour soutenir sa thèse.

(2) *Badische Fabrick c. Schott* (1892, 3 Ch. 447) *Nordenfelt case*, (1894, A. C. 535), *Haynes c. Doman* (1899, 2 Ch., p. 13, *Wood c. Jones* (81, L. T., 169).

(3) *Eastes c. Russ* (1914, 1 Ch., p. 468), 1893, 1 Ch., pp. 662-663.

(4) *Underswood c. Barker* (1899, 1 Ch., p. 300), *Leng c. Andrews* (1909, 1 Ch., 771).

(5) *Saxelby case* (1916, A. C.).

quant au temps, tout en n'étant pas suffisante pour rendre la restriction partielle, est un élément important dans l'appréciation de sa rationalité (1).

Passons, maintenant, à quelques considérations sur la durée du temps. Nous avons vu qu'une limitation à toute la vie de la personne ou à une durée très longue n'est pas une véritable limitation. Pour apprécier la durée du temps, il faut tenir compte des circonstances particulières de l'espèce. Ainsi, dans le cas *Hepworth Manufacturing Co c. Ryol* (2) que nous avons déjà cité, on a pris en considération le fait que le film cinématographique ne durait pas plus de trois ans, et que la limitation quant au temps ne devait pas s'étendre au-delà (3).

Mais une restriction qui dure toute la vie du promettant n'est pas nécessairement nulle. Dans le cas *Hitchcock c. Coker* le demandeur était un droguiste de Taunton ; il avait le défendeur à son service ; celui-ci s'était engagé à ne pas travailler pendant toute sa vie comme chimiste ou droguiste à Taunton ou trois milles autour. Tindal C. J. a jugé l'engagement valable (4).

(1) WILLISTON, *On Contracts*, vol. III, New-York, 1922, § 1638 ; cf. *Hall Mfg. Co. c. Western Steel et Iron Works*, 227, Fed 588, 142. C. C. A. 220, L. R. A., 1916, 260. — *Smith c. Webb*, 176 Ala, 596, 58 So, 913, 40 L. R. A. (N. S.), 1191. Voir aussi pour d'autres exemples les cas cités par WILLISTON, *l. c.*, § 1638.

(2) 1920, 1 Ch., p. 1.

(3) Voir l'opinion d'Atkin L. J.

(4) Il a dit que, s'il est raisonnable, comme certainement il l'est, d'interdire à un employé de s'occuper du même commerce que son patron dans la même ville, pendant que celui-ci s'en occupe, il ne peut pas penser qu'il ne serait pas raisonnable que cette interdiction soit étendue au cas où le patron vend ou lègue son entreprise, ou au cas où l'entreprise devient la propriété de ses ayants-cause personnels ; en d'autres termes, s'il est raisonnable que le patron puisse se garantir par une convention contre la diminution du profit annuel

Remarque commune à toutes les limitations. — Il arrive quelquefois que les parties, n'ayant pas une idée précise de la limitation qu'elles veulent apporter à la restriction, confient cette tâche au tribunal lui-même. C'est ainsi que dans le cas *Davies c. Davies* (1), les parties n'ont pas fixé elles-mêmes la limitation qu'elles voulaient introduire à la clause restrictive ; elles se sont contentées de se référer à la limite que la loi aurait permise. Il est évident qu'une limitation si vague ne peut pas compter. Charger le tribunal de fixer lui-même la limitation raisonnable, c'est lui demander de faire le contrat pour les parties, et cela dépasse, évidemment son rôle. Cotton L. J., dans le cas *Davies c. Davies*, a dit à ce propos qu'on a soutenu vainement, qu'il n'y a pas ici une restriction générale, mais une restriction réduite à la limite que la loi permettrait. Même en interprétant ainsi la clause restrictive, ce qui n'est pas à son avis l'interprétation juste, c'est un contrat que la Cour ne doit pas sanctionner. Si une partie cherche l'aide du tribunal pour imposer à l'autre le respect d'une clause restrictive partielle, elle doit fixer d'avance la limite de cette clause et prendre la responsabilité de cette fixation ; c'est alors que la loi intervient pour décider si la limitation ainsi fixée est raisonnable, ou si elle est si déraisonnable qu'elle fasse tomber le contrat (2).

de son commerce, il ne semble pas déraisonnable que la convention puisse le garantir dans la jouissance du prix, ou de la valeur de l'entreprise, en garantissant contre le même danger l'acheteur, le légataire ou l'exécuteur ; le seul moyen pour arriver à ce résultat semble être de faire que l'interdiction imposée à l'employé ne cesse qu'avec sa vie (*Hitchcock c. Coker*, 1837, 6 Ad. et E. H. 348).

(1) 1887, 36 Ch., 359.

(2) Dans le même sens, Bowen L. J. a dit : « Quant à la clause « dans la mesure ou la loi le permet », elle est trop vague. En effet, les par-

Les parties doivent donc fixer la limitation elles-mêmes. Mais on verra plus loin que, si elles l'avaient fixée d'une façon excessive, et si la clause restrictive était divisible, le tribunal pourrait venir à leur secours en réduisant la clause à la limitation raisonnable.

SECTION II

Deuxième condition. Considération

L'existence d'une considération est l'une des conditions de la validité de la restriction partielle. Elle apparaît même, dans le cas *Milchel c. Reynolds* (1), comme la base d'une distinction fondamentale entre les restrictions partielles. « Les restrictions partielles, a dit Parker L. J., sont ou, 1^o sans considération, — et alors sont nulles, quelque soit le contrat qui les renferme — ou, 2^o avec considération, — dans ce cas, quand la restriction est contractée en vue d'une bonne et adéquate considération qui la rendrait juste et utile, elle est valable » (2). La considération, d'après le dictum de Parker, devait donc être bonne et adéquate. Plus tard, avec la diminution

ties demanderaient à la loi de faire un contrat pour elles, au lieu de faire elles-mêmes leur contrat. En supposant que la loi admette certaines limitations, il peut y avoir vingt façons de les fixer qui peuvent toutes répondre aux besoins des parties, mais qui ne peuvent pas se concilier, bien que la loi les permette toutes. Comment peut-on savoir laquelle de ces limitations est celle que les parties ont voulu ? Elles laissent ce point complètement incertain pour une excellente raison : parce qu'elles n'ont pas eu d'idées arrêtées à cet égard.

(1) 1 P. W., 181.

(2) *Smith's Leading Cases*, 1, p. 461.

graduelle de la force de la présomption relative contre les restrictions partielles, on allait se contenter d'une considération *appréciable* sans rechercher si elle était adéquate ou non.

Il y a donc en ce qui concerne cette question deux étapes par lesquelles la jurisprudence anglaise a passé, pendant la deuxième phase de son évolution.

§ I. — PREMIÈRE ÉTAPE : CONSIDÉRATION
ÉQUIVALENTE (ADÉQUATE).

Nous avons vu que la nécessité de la considération a été nettement affirmée dans le cas *Mitchel c. Reynolds* (1). Il apparaissait même, dans ce cas, que la condition d'équivalence absorbait la condition de rationalité (2). Il faut qu'il y ait une compensation équitable pour le promettant, afin de contrebalancer le sacrifice qu'il fait en s'imposant la restriction partielle. Cela s'explique fort bien par l'existence de la présomption relative contre ces restrictions. Pour effacer la défiance qu'on éprouvait à leur égard, on exigeait que le promettant fut suffisamment dédommagé du préjudice que la restriction était toujours supposée lui causer. Le tribunal était là pour surveiller, pour balancer la perte et le bénéfice. Lord Ellenborough, dans

(1) 1 P. W., 181.

(2) Ainsi, suivant l'expression même de Parker L. J., la considération adéquate doit-être telle qu'elle rende juste et utile le contrat dont l'annulation entraînerait, dès lors, un préjudice pour un contractant raisonnable. La rationalité de la restriction était, donc, impliquée dans l'équivalence de la considération. On verra, plus tard, que cette situation sera renversée et que la condition de rationalité absorbera la condition de considération, suivant, en cela, un mouvement général d'assouplissement des classifications rigides qui avaient régné pendant la deuxième phase.

Le cas *Gale c. Reed* (1), a exprimé la même idée dans les termes suivants : « La restriction qu'on veut qu'il soit possible d'imposer à l'une des parties ne doit être que coextensive aux bénéfices dont on veut que l'autre partie puisse jouir. » La nécessité de l'équivalence de la considération a subsisté pendant la plus grande partie de la deuxième phase. Jusqu'à l'année 1832 on la trouve encore réaffirmée avec la même force dans le cas *Young c. Timmins*. Dans ce cas une personne s'était engagée à servir exclusivement une autre, pendant toute sa vie ; mais le patron s'était réservé la faculté d'employer d'autres personnes, en la laissant sans travail. Le baron Baylay a jugé la clause nulle, faute d'une considération équivalente. « Si j'avais pu trouver, dit-il, à la charge du défendeur une obligation de fournir au promettant un travail suffisant pour assurer à lui et à ses ouvriers une occupation régulière et suffisante, il y aurait eu alors une considération adéquate à la restriction. Mais, puisqu'il n'y en a pas, et qu'il est, au contraire, possible que le promettant se trouve sans travail pour un temps considérable, il n'y a pas, par conséquent, une considération équivalente (2) ».

En exigeant que la considération soit équivalente, la jurisprudence anglaise a donné à la considération, en matière de « *restraints of trade*, un rôle plus important que celui qu'elle joue dans la théorie générale des obligations.

Il n'est pas inutile de dire quelques mots de ce dernier rôle. Les contrats, dans le droit anglais, sont ou solennels (*act under seal, deed, covenant*) ou consensuels (*promise, bond*). Les contrats consensuels, pour être

(1) 8 East, 86.

(2) Tyr, 226.

valables, doivent avoir une considération (acte ou abstention mis à la charge d'une partie comme contrepartie de la promesse que l'autre lui a faite). Dans le contrat de vente, par exemple, la délivrance de la chose vendue est la considération de la promesse de paiement de prix, et, inversement, le paiement du prix est la considération de la promesse de délivrer la chose vendue. On voit déjà que la théorie de la « considération » en droit anglais se rapproche de la théorie de la « cause » en droit français. Cependant, en droit anglais, une chose qui est déjà dûe en dehors du contrat ne peut pas lui servir de considération. Ainsi un agent de police, tenu par sa fonction même à donner certaines informations ne peut pas bénéficier d'une promesse faite en faveur de qui les donnera.

Par contre, il n'est pas nécessaire que la considération soit équivalente à la promesse ; il suffit qu'elle existe et ne soit pas illusoire.

De cet aperçu rapide du rôle de la considération dans la théorie générale des obligations ressort le caractère tout particulier qu'elle revêt en matière de *restraints of trade*. Là, elle est nécessaire même dans les contrats solennels. De plus, soit dans les contrats solennels, soit dans les contrats consensuels, elle devait, pendant cette première phase, être équivalente à la promesse.

§ 2. — DEUXIÈME ÉTAPE : CONSIDÉRATION APPRÉCIABLE.

La présomption relative contre les restrictions partielles n'a pas subsisté jusqu'à la fin de la deuxième phase. Deux revirements successifs de jurisprudence

l'ont finalement détruite ; le premier en 1837 dans le cas *Hitchcock c. Coker* (1) où la jurisprudence anglaise s'est contentée d'une considération appréciable sans en exiger l'équivalence ; le deuxième en 1853 dans le cas *Tallis c. Tallis* (2) où la charge de la preuve en ce qui concerne la rationalité a été transférée au défendeur.

C'est le premier cas qui nous intéresse ici. Il marque un revirement important de la jurisprudence anglaise en faveur de la liberté de contrat dans le domaine des restrictions partielles. Désormais la jurisprudence est devenue moins exigeante en ce qui concerne la considération. L'équivalence n'en est plus nécessaire ; une considération appréciable suffit. Nous avons déjà résumé les faits de ce cas, qui est considéré comme le point de départ de la deuxième étape. Il y avait, on se le rappelle, une disproportion flagrante entre l'engagement pris par l'employé de servir exclusivement son patron, le droguiste, et l'emploi que celui-ci lui avait offert ; en d'autres termes, la considération en vue de laquelle l'employé s'était imposé la restriction n'était pas équivalente à celle-ci. Néanmoins Tindal C. J. a jugé la restriction valable. « Si par l'équivalence de la considération, a-t-il dit, on entend seulement qu'il doit y avoir une bonne et appréciable considération, une considération telle que celle qui est essentielle pour supporter tout contrat qui n'est pas sous le sceau (non solennel), nous partageons cette opinion. Mais si, par équivalence de la considération, on entend davantage, et si la cour doit peser si la considération est égale en valeur à ce que l'autre partie abandonne ou perd par la restriction à laquelle elle se

(1) 6 A. et E., 348.

(2) 1 El et Bl., 391.

soumet, nous nous croyons tenus d'écarter cette doctrine. Il suffit, nous semble-t-il, qu'il y ait effectivement une considération pour la transaction et que cette considération soit une considération légale et de quelque valeur » (1).

A partir du cas *Hitchcock c. Coker* la jurisprudence s'est fermement établie dans ce sens. Dans le cas *Archer c. Marsh* (2) le Banc de la Reine l'a considéré comme ayant définitivement consacré le droit des parties à fixer elles-mêmes la considération qu'elles estiment suffisante. Dans le cas *Lighton c. Wales* (3), Parke a dit que, depuis *Hitchcock c. Coker*, le tribunal a cessé de pouvoir exiger l'équivalence de la considération (4). Une considération appréciable est, par conséquent suffisante. Mais elle est aussi nécessaire. S'il n'y a point de considération, ou si elle est trop minime, la restriction n'est pas valable. Dans le même cas *Hitchcock c. Coker* le baron Alderson a fait remarquer que, si la considération est de si peu d'importance qu'elle devienne illusoire (*colourable*) la restriction est nulle (5).

Il faut aussi remarquer que, si la considération a perdu

(1) *Hitchcock c. Coker*, 6 A. et E, 348).

(2) 6 A. et E, 989.

(3) 3 M. et W, 545-551.

(4) Voir aussi *Pilkington c. Scott* (15 M. et W. 657) où le baron Alderson a dit : « La seule question est de savoir s'il y a une considération pour supporter la restriction. Quant à l'équivalence de la considération, le tribunal n'a pas à s'en occuper. Il doit laisser les parties faire la transaction elles-mêmes. Avant le cas *Hitchcock c. Coker*, la notion prévalait que la considération doit être équivalente à la restriction. C'était, en réalité, la loi faisant la transaction au lieu de laisser les parties la faire et de veiller seulement à ce que la transaction soit raisonnable et juste. »

Voir aussi *Gravelly c. Bernard* (18 Eq. 518).

(5) SMITH'S *Leading Cases*, 1, p. 474.

beaucoup de son importance depuis le cas *Hitchcock c. Coker*, cette diminution est plus apparente que réelle. Un autre facteur réagit pour restituer, dans une large mesure, à la considération sa valeur ancienne ; c'est la condition de rationalité que nous examinerons plus loin. On verra que, lorsque une restriction n'a pas une considération suffisante, elle sera annulée, non plus faute d'une considération équivalente, mais faute d'une considération rationnelle. On arrivera ainsi au même résultat par une voie différente. Seulement, au lieu que ce soit la condition de considération qui absorbe celle de rationalité, ce sera, au contraire, cette dernière qui absorbera la première (1). Mais, si le rôle de la considération en matière de *restraints of trade* a considérablement perdu de son importance, — tout au moins théoriquement — grâce au revirement de la jurisprudence que nous venons de constater, il nous reste à voir si, après ce revirement la considération en cette matière spéciale en est réduite au rôle normal qu'elle joue dans la théorie générale des obligations et que nous avons déjà examiné. Maintenant qu'une simple considération appréciable suffit, il semble au premier abord qu'il n'y a plus de différence. Cela est vrai en ce qui concerne les contrats consensuels, où les deux rôles de la considération se sont rapprochés jusqu'à se confondre, réserve faite pour la répercussion de la condition de rationalité sur le rôle de la considération dans notre matière. Mais, en ce qui concerne les contrats solennels, une différence subsiste entre les deux rôles. La théorie générale des obligations n'exige aucune considération dans ces contrats tandis qu'une considération

(1) *Young c. Timmins* (Tyr. 226) ; SMITH'S *Leading Cases*, 1, 475.

appréciable est toujours exigée en matière de *restraints of trade*. C'est ainsi que, dans le cas *Hutton c. Parker* (1), il a été établi qu'une considération appréciable est nécessaire pour que la restriction soit valable même en cas de contrat solennel (2).

(1) 7 Dowl., 739.

(2) L'auteur des notes de Smith sur le cas *Mitchel c. Reynolds*, a estimé que la considération appréciable d'une restriction contenue dans un contrat solennel est un élément de sa rationalité. La considération, a-t-il dit, est exigée pour une raison différente de celle sur laquelle repose la loi générale des contrats sans considération : la raison étant qu'il ne serait pas raisonnable pour une personne de s'engager dans une telle stipulation sans quelque considération, bien qu'il doive être laissé à son sens de son propre intérêt personnel de déterminer qu'elles doivent être la valeur et la nature de cette considération. Et ceci semble avoir été le point de vue adopté par le baron Parker dans *Wallis c. Day* (2 M. et W., 277) et par la Cour de l'Echiquier dans *Mallen c. May* (11 id. 665), où Parke, en prononçant le jugement, a confirmé la proposition du Chief Justice Tindal dans *Horner c. Graves* (7 Bing. 744) que les contrats « in restraint of trade » sont en eux-mêmes, si rien ne vient montrer qu'ils sont raisonnables, mauvais aux yeux de la loi. Il a ajouté que, par conséquent, en présence de la stipulation pure et simple, même contenue dans un contrat solennel (sous le sceau), qu'un commerce ou une profession ne devra pas être exercé dans un lieu particulier sans que rien n'indique dans l'acte instrumentaire (*deed*) ou sans qu'il soit fait offre de prouver les circonstances qui ont rendu ce contrat raisonnable, le contrat est nul (SMITH'S *Leading Cases*, 1, 475).

Nous approuvons ces remarques avec une seule réserve. Il nous paraît que l'auteur a confondu la rationalité et la considération. Tout en admettant que la condition de considération en matière de *restraints of trade*, soit dans les contrats solennels, soit dans les contrats consensuels, s'explique au fond par celle de la rationalité, il nous paraît plus exact de traiter les deux conditions comme séparées, si l'on veut reproduire fidèlement l'état de la jurisprudence anglaise pendant la deuxième phase. L'auteur lui-même semble être hésitant devant la conséquence logique qu'on peut tirer d'une confusion complète entre la considération et la rationalité dans les contrats solennels. En effet, si les deux conditions se sont confondues au point que la rationalité puisse remplacer la considération, il en

La preuve de l'existence d'une considération appréciable est soumise aux règles générales de preuve. S'il s'agit d'un contrat solennel où la considération n'est pas expressément mentionnée, on peut la prouver par témoins (1).

En cas de contrat consensuel, il est possible de prouver la considération par témoins, quand on peut prouver de la même façon le contrat lui-même. D'après le *Statute of Frauds* (2) certains contrats consensuels ne peuvent être prouvés que par écrit. Parmi ceux-là, ceux qui nous intéressent le plus sont les contrats dont l'exécution se prolonge au delà d'une année ; le plus souvent les contrats de louage de service qui renferment des clauses restrictives sont compris dans cette catégorie. Dans ces contrats on ne doit pas admettre la preuve par témoins d'une considération qui n'est pas mentionnée dans

résulte qu'une restriction raisonnable, contenue dans un contrat solennel, n'a pas besoin, pour être valable, d'une considération ; celle-ci étant remplacée par la rationalité de la restriction. Cette conséquence logique, très difficilement réalisable en pratique, n'est pas expressément confirmée par les décisions judiciaires, de l'aveu même de l'auteur. Voici ce qu'il dit à ce propos : « Dans le cas d'un contrat « sous le sceau », si l'observation précédente est correcte, on peut penser qu'il s'ensuit que toute considération, quelle qu'elle soit, en vertu de laquelle un homme ait pu raisonnablement agir, bien que non suffisante pour soutenir une promesse qui n'est pas faite sous le sceau, doit être considérée comme satisfaisant la règle appliquée dans *Hutton c. Parker*, pourvu toutefois que le contrat solennel (*deed*) ne prête pas prise à une autre des objections mentionnées dans la note. Mais les décisions judiciaires, il faut l'admettre, ne confirment pas expressément cette conclusion, et il est ici si difficile de concevoir un contrat raisonnable de cette nature, qui n'ait point une considération quelconque, qu'il semble invraisemblable que la question même puisse se poser » (*SMITH'S Leading Cases*, 1, 476).

(1) *Cherry c. Herming* (4 Exch. 631).

(2) 29 Car., II, c. 3.

l'écrit (1). Cependant si elle n'est pas expressément mentionnée, les juges peuvent la déduire implicitement des termes même du contrat (2). En cas de mention expresse il est permis au défendeur de prouver que la considération n'existe pas en fait ou qu'elle est illusoire (3).

Mais c'est à celui qui invoque la validité de la restriction de prouver l'existence de la considération.

Il nous reste à passer en revue quelques applications pratiques de la notion de la considération appréciable empruntées à la jurisprudence de cette époque. Nous avons vu que, dans le premier état de la jurisprudence anglaise, un engagement de service exclusif dont les avantages ne correspondent pas aux charges était nul,

(1) *Wain c. Warlters*, 5 East, 10. Un contrat de louage de service pour un temps indéterminé ne tombe pas sous le « *Statute of frauds* ». Un contrat semblable est susceptible de prendre fin dans le délai d'un an par la mort de l'employé ou par toute autre cause. Par contre, un contrat de louage de service, dont la durée dépasse un an, mais qui est susceptible de prendre fin par un préavis pouvant être donné pendant une période qui ne dépasse pas cette limite, tombe sous le « statut » (voir *Hanaw c. Ehrlich*, 1912, A. C. 39). Il n'y tomberait pas s'il était exécuté pendant un an par une seule partie. Les mêmes principes s'appliquent aux contrats contenant des prohibitions de travailler ou commercer. Par conséquent un contrat qui interdit l'exercice d'une profession pour un temps indéterminé, ne tombe pas sous le « Statut », tandis qu'un contrat qui fixe la durée de la prohibition au delà d'un an y tombe (voir *Hooper c. Willis*, 94 L. T. 624 ; *Reeve c. Jennings*, 1910, 2 K. B. 522).

(2) *Gravelly c. Bernard* (L. R. 18 Eq. 522), *Whittle c. Frankland* (2 B. et S. 49), *Pilkington c. Scott* (15 M. et W. 657). Cf. aussi Bowen L. J. dans le cas *Moorcock* : « Les déductions que la loi tire de ce qui a été probablement l'intention des parties, elle les tire dans le but de donner efficacité à la transaction et de prévenir une défaillance de la considération, qui ne puisse pas avoir été dans les prévisions des parties.

(3) Voir *Abbott c. Hendricks* (1 M. et Gr. 794).

faute de considération équivalente. L'équivalence n'étant plus exigée maintenant, un tel engagement serait valable du moment qu'il y a une considération de quelque valeur. C'est ainsi que, dans le cas *Sainter c. Ferguson* (1), le demandeur, chirurgien à M., avait pris dans son service le défendeur comme assistant ; celui-ci s'était engagé, en retour, à ne pas exercer sa profession, après la cessation des services à M. et 7 milles autour, pendant toute sa vie. La restriction a été jugée valable, comme ayant une considération appréciable dans l'emploi que le chirurgien avait offert à son assistant (2). Non seulement l'offre d'un emploi a été jugée une considération appréciable, mais aussi la simple continuation d'un emploi déjà offert. Dans le cas *Gravelly c. Bernard* (3) le défendeur était déjà au service du demandeur, quant il avait pris l'engagement de ne pas exercer sa profession de chirurgien, dans une certaine limite, après la cessation de ses services. Il avait invoqué devant le tribunal l'absence de considération. Le Maître des Rôles, Jessel, jugea la restriction valable. « Je ne vois aucune différence, disait-il, entre l'engagement de prendre un employé à son service, tout en se réservant la faculté de le congédier à son gré, et celui de continuer un engagement déjà existant, tout en se réservant la même faculté ; dans les deux cas le louage de service prendra fin au bon plaisir du patron. La seule question qui se pose ici est celle-ci. Puis-je raisonnablement déduire du contrat restrictif qui est devant moi un accord implicite de maintenir l'emploi du défendeur ?

(1) 7 C. B. 716.

(2) Voir aussi *Davis c. Mason* (5 T. R. 118), *Munford c. Gething* (7 C. B. N. S. 305).

(3) 18 Eq. 518.

Ayant déduit cet accord implicite il le considéra comme une considération appréciable (1).

Dans le cas *Middleton c. Brown* (2) la restriction avait pour considération un contrat de louage de service résoluble sur préavis d'une semaine ; le salaire était 21 s. par semaine. Le défendeur avait invoqué l'absence de considération dans cette restriction qu'il avait qualifiée de *hard bargain*. Jessel M. R. néanmoins la jugea valable. Je ne vois aucune raison, dit-il, pour appliquer ce terme dans ce cas. Je pense qu'il ne peut y avoir aucun doute que ce que le demandeur a fait n'a été fait purement et simplement que pour protéger son commerce, et n'a pas été accompli en vue d'opprimer le défendeur ou de prendre sur lui un avantage injuste ».

Sur la question de « considération » le droit américain ne diffère pas du droit anglais. Une considération appréciable est nécessaire et suffisante pour la validité de la restriction (3). Cependant le tribunal peut refuser d'accorder une « injonction » quand la considération est sensiblement (4) inadéquate.

(1) Voici ce qu'il a dit à ce propos : « Il est suffisant, suivant les termes de *Tindal C. J.*, qu'il y ait une considération légale et une considération de quelque valeur. Par conséquent, si le demandeur dans l'espèce peut démontrer qu'il a offert une considération appréciable, quoique de peu de valeur, cela suffit pour qu'il obtienne une injonction, la Cour n'assumant pas la tâche de statuer sur l'équivalence de la considération » (18 Eq. 518). Voir aussi *Hood c. Jones* (81 L. T. 169) ; *Philpot c. Anderson*, 13 octobre 1893 (non reporté).

(2) 47 L. J. Ch. 411.

(3) *Marvel c. Jonah*, 81 N. J. Eq. 369, 86 Atl. 968.

(4) *Mandeville c. Harman*, 42 N. J. Eq. 185, 7 Atl. 37 ; *Fries c. Parr* (N. Y. *supr.*), 139 N. Y. S. 220 ; *Carroll c. Giles*, 30 S. Car. 412, 9 S. E. 422, 4 L. R. A. 154.

SECTION III

Troisième condition. La rationalité

C'est la condition la plus importante. Il est vrai qu'au début de la deuxième phase la jurisprudence anglaise attachait plus d'importance à la condition de considération, comme nous l'avons vu ; mais dans son effort continu pour assouplir la rigidité des règles établies en matière de *restraints of trade*, cette jurisprudence est parvenue à faire de la rationalité l'élément essentiel, d'abord dans le domaine des restrictions partielles, puis dans tout le domaine des *restraints of trade*. Nous verrons que l'élément de la rationalité, tout en restant une condition distincte jusqu'à la fin de la deuxième phase, absorbera les deux autres conditions, celles de considération et de caractère limitatif, de façon à devenir le *standard* général applicable aux restrictions partielles, avant de l'être pour toutes les restrictions sans distinction.

Nous examinerons successivement les éléments de la rationalité, sa preuve, et sa nature.

§ 1. — LES ÉLÉMENTS DE LA RATIONALITÉ

Dans le cas *Horner c. Graves* (1) le Chief Justice Tindal avait nettement dégagé deux de ces éléments.

« Comment pourrait-on trouver, a-t-il dit en substance, un critérium meilleur que celui qui consiste à considérer si la restriction est de nature ou non à n'apporter qu'une protection équitable aux intérêts du stipulant et si elle

(1) 7 Bing, 735-743.

n'est pas tellement large qu'elle lèse les intérêts du public. Dans la mesure où la restriction est plus large que la protection nécessaire au stipulant, elle ne peut être qu'oppressive, et si elle est oppressive, elle est aux yeux de la loi déraisonnable. Dans la mesure où elle porte préjudice aux intérêts du public, elle est nulle pour des raisons de police publique » (1).

Aux intérêts du stipulant et du public il faut ajouter l'intérêt du promettant. Nous dirons ici quelques mots de chacun de ces trois éléments.

La clause restrictive ne doit pas excéder la mesure nécessaire à la protection des intérêts du stipulant. Dans cette phase on considère qu'une restriction, pour ne pas dépasser la mesure nécessaire, doit être partielle. Le caractère limitatif, qui est lui-même une condition distincte pour la validité d'une clause restrictive, apparaît comme un simple élément de la rationalité. Celle-ci l'avait absorbé à un tel degré qu'on pouvait dire que les deux conditions n'en faisaient en réalité qu'une (2).

(1) Nous réservons un examen plus développé de la condition de rationalité pour la troisième phase ; c'est là que le « *Standard* » de la rationalité fut définitivement consacré dans tout le domaine des « *restraints of trade* ».

(2) C'est ainsi que Kekewich a dit dans *Davies c. Davies* (1887, Ch. 36, p. 366) : « Quoique les deux autres considérations (c'est-à-dire celles de la rationalité et du caractère limitatif) aient conformément à plusieurs autorités été ci-dessus mentionnées séparément, je ne peux que penser qu'elles ne constituent, et qu'elles ont été récemment traitées comme ne constituant qu'une unique condition. D'ailleurs, je ne suis pas sûr que quelque confusion ne soit pas provenue de ce qu'elles ont été traitées autrement. Le caractère partiel des clauses restrictives admissibles peut être l'élément le plus essentiel et la preuve de leur rationalité, il peut constituer par lui-même cette rationalité. Je me permets même de penser qu'il n'est, en réalité, rien de plus que cela et que, en dépit, de plusieurs « *dicta* »

Les diverses limitations qui donnent à la restriction son caractère partiel jouent un rôle plus ou moins grand dans l'appréciation de sa rationalité. La limitation quant à l'espace est la plus importante, elle est aussi la plus fréquente dans la pratique. La limitation quant au temps a une grande influence surtout quand elle existe seule. Les limitations quand à l'objet et quant au mode d'exercice se rencontrent plus rarement. La limitation quant aux personnes vise assez fréquemment la clientèle d'une entreprise et rend la restriction raisonnable bien qu'elle soit illimitée à tous autres égards (1). Lorsqu'il n'y a

en sens contraire, les autorités en faveur de la proposition que la clause, pour être tolérée, doit être partielle, ne sauraient mieux être comprises qu'en les interprétant comme signifiant que cette clause doit être raisonnable. »

(1) Il n'est pas inutile de citer ici un dictum instructif du juge Kekewich dans *Davies c. Davies* sur la valeur respective des diverses limitations quant à la rationalité « J'en arrive, par conséquent, a-t-il dit, à considérer ce que c'est qu'une restriction raisonnable. Sauf trois exceptions, que je vais mentionner à l'instant, il a été toujours admis que le contrat, afin d'être raisonnable, doit être limité quant à l'espace. Je ne pense pas que je sois tenu par une autorité quelconque à admettre qu'il doit être limité quant aux personnes, et les objections pratiques contre cette solution sont aujourd'hui évidemment plus grandes que celles contre la nécessité d'une limitation quant à l'espace. *Collin c. Locks* (4 App. Cas. 674) peut être cité comme étant en sens contraire, mais, en réalité, ce précédent concerne plutôt la catégorie des clauses (traitées comme) bonnes à raison de leur limitation quant à l'espace. Une limitation quant aux personnes peut, néanmoins, être utile pour rendre raisonnable une clause restrictive, comme, par exemple, celle de ne pas solliciter la clientèle d'une maison de commerce dans la limite, mettons, du « Royaume Uni » ; elle peut rendre raisonnable la clause qui ne le serait pas autrement. La limitation quant au temps est de peu de valeur. Elle entre dans quelques cas, comme par exemple *Whittaker c. Howé* (3 Beav. 383) et *Roussillon c. Roussillon* (1880, 14 Ch. 351) qui seront mentionnés tout à l'heure, mais elle n'y a guère été prise en considération, et elle ne sera que rarement — si jamais elle l'est — la

aucune limitation, c'est-à-dire en cas de restriction générale, nous avons déjà vu que la restriction est considérée comme nécessairement déraisonnable.

Quant aux intérêts du promettant, on peut dire, d'une manière générale que celui-ci ne doit pas être gêné dans sa liberté de travail, par une restriction trop large. S'il s'impose des entraves assez sérieuses pour l'empêcher plus tard de gagner sa vie et le mettre à la charge de la communauté, le résultat sera socialement intolérable. Il faut donc que la restriction, tout en protégeant les intérêts du stipulant, soit raisonnable à l'égard du promettant et ne l'oblige pas, pour un gain immédiat, à enchaîner toute sa vie de travailleur. L'avantage qu'il obtiendrait ne serait pas proportionnel au sacrifice qu'il consent à faire. Cette constatation de la nécessité d'une proportion équitable entre le sacrifice et le gain évoque naturellement la notion de considération équivalente, que nous avons déjà rencontrée. On arrive à ce résultat que la rationalité absorbe cette condition distincte comme elle a absorbé la condition de caractère limitatif (1).

base d'un jugement... Il y a quelques autres limitations possibles qui peuvent être introduites pour rendre la restriction raisonnable, et sur lesquelles je n'ai besoin de dire que ceci : lorsque ce caractère peut leur être justement attribué, elles méritent une considération favorable. *Jones c. Lees* (I. H. et N. 189) est un cas de cette catégorie (voir le jugement du baron Bramwell). » (*Davies c. Davies*, 1887, 36 Ch. pp. 366-367).

Nous avons ici une seule remarque à faire. Kekewich J. dit que la limitation quant au temps a peu de valeur pour déterminer la rationalité de la restriction. Il a peut-être exagéré le rôle effacé de cette limitation. Nous avons déjà cité un *dictum* de Bowen L. J. dans lequel il dit que, pour apprécier la rationalité d'une restriction partielle, la limitation quant au temps pourrait être un élément essentiel à considérer.

(1) Nous nous rappelons, qu'au début de la deuxième phase,

Cet examen nous amène à la conclusion suivante : en appréciant la rationalité d'une restriction on doit faire entrer comme éléments de l'appréciation le fait que la restriction a un caractère limitatif et le fait qu'elle est contractée en vue d'une considération suffisante. Or, ces deux éléments sont précisément les deux autres conditions nécessaires pour la validité de la restriction. La condition de la rationalité arrive ainsi pratiquement à englober toutes les autres qui se confondent en elle (1).

On peut dire que, vers la fin de la deuxième phase, le « standard » de la rationalité s'est déjà dégagé ; mais en se cantonnant dans le domaine des restrictions partielles. Cet élément stable et permanent, en se développant dans ce domaine limité, y a absorbé les éléments artificiels et passagers apportés par la jurisprudence antérieure. Il ne tardera pas à envahir l'autre domaine, celui des restrictions générales, pour détruire les classifications rigides et faire pénétrer la souplesse dans tout le domaine des *Restraints of Trade*.

Quant aux intérêts du public, c'est surtout le régime du monopole qu'on redoute le plus, comme étant susceptible d'entraîner des conséquences fâcheuses pour ces

c'était, au contraire, la condition de considération qui absorbait celle de rationalité.

(1) Les trois conditions sont cependant restées, tout au moins théoriquement, distinctes jusqu'à la fin de la deuxième phase. Ce n'est que dans la troisième phase que la rationalité a été officiellement consacrée comme l'unique condition nécessaire pour la validité de toutes les restrictions. Pendant toute la deuxième phase, il y a eu, du moins, une condition, celle du caractère limitatif de la restriction, qui, tout en entrant comme un élément dans l'appréciation de la rationalité, a gardé sa physionomie propre, son exigibilité absolue, tant que la distinction fondamentale entre les restrictions générales et les restrictions partielles a persisté.

intérêts. Nous avons déjà vu que la même appréhension est la cause principale de la prohibition absolue de la restriction générale. En cas de restrictions partielles le danger est moins imminent ; mais il existe. La fréquence systématique des clauses restrictives partielles pourrait amener à la longue à un régime de monopole de fait ou de quasi-monopole. Il faut que le champ de la libre concurrence soit accessible à tous les travailleurs, non pas seulement pour empêcher un régime de monopole, mais aussi pour stimuler l'initiative privée, corollaire nécessaire de la libre concurrence. Ces considérations sont essentiellement basées sur la notion de la police publique. (1)

§ 2. — PREUVE DE LA RATIONALITÉ

Il arrive quelquefois que la restriction porte en elle-même la marque de son irrationalité. Par exemple, une clause restrictive peut se présenter sous une forme générale sans comporter aucune limitation. Ou bien une restriction, quoique limitée, paraît tellement déraisonnable que le juge n'a besoin pour former sa conviction d'aucune preuve. Dans ces hypothèses, quand l'irrationalité de la restriction est de toute évidence, le tri-

(1) Il ne faut pas croire que les intérêts du public soient toujours opposés aux clauses restrictives. Il arrive quelquefois que ces clauses soient conciliables, — même nécessaires, — aux intérêts du public. Par exemple, quand il s'agit d'assurer une meilleure répartition des marchandises ou des entreprises parmi les différentes régions commerciales ou industrielles. A ce propos, Parker C. J. a dit, dans le cas *Mitchel c. Reynolds*, : « La quatrième raison est en faveur de ces contrats. Elle est la suivante : il peut se présenter des hypothèses où ils peuvent être utiles et avantageux ; comme, par exemple, pour empêcher qu'une ville soit encombrée par un commerce particulier » (*SMITH'S Leading Cases*, 1, pp. 464-465).

bunal peut d'office la déclarer illégale. Alors le problème de la preuve ne se pose même pas. A l'appui de cette solution nous relevons le passage suivant des notes de Smith sur le cas *Mitchel c. Reynolds*. « Quand il est apparent sur la face d'un contrat qu'il est illégal comme étant en restriction induite à la liberté de travail, la Cour se refusera à le sanctionner même si le moyen d'illégalité n'est pas invoqué. Mais, si la question dépend d'un examen des circonstances extérieures, le tribunal ne doit pas, en règle générale, connaître de cette objection si elle n'est pas soulevée » (1).

C'est donc seulement quand l'irrationalité n'est pas évidente que la question de preuve se pose. Le Tribunal doit attendre que l'intéressé (c'est-à-dire le promettant) ait invoqué l'illégalité de la restriction. A qui incombera alors la charge de la preuve, au promettant ou au stipulant ? Selon les principes généraux la réponse ne fait pas de doute. Celui qui invoque un vice du contrat doit en prouver l'existence ; ce serait au promettant, par conséquent, d'établir son allégation. Cependant la jurisprudence anglaise n'est arrivée à cette solution simple et logique qu'après une évolution comparable et parallèle à celle qui s'est produite en matière de considération. Au début de la deuxième phase elle a adopté la solution contraire; elle imposait la charge de la preuve au stipulant. Cette solution était conforme à la présomption relative qui existait contre les restrictions partielles. Ce n'est que plus tard que la jurisprudence, en passant par une deuxième étape, dans laquelle elle s'est montrée favorable à la liberté de contrat, a transféré la charge de

(1) SMITH'S *Leading Cases*, 1, p. 471 ; voir aussi *North Western Salt Co. c. Elect. Co.* (1914) A. C. 461).

la preuve au promettant, renversant ainsi la présomption. Ce revirement s'est produit à la même époque où elle a allégé les exigences anciennes dans la matière de la considération, en se contentant d'une simple considération appréciable. Nous trouverons donc dans l'évolution de la jurisprudence anglaise sur la preuve deux étapes correspondantes à celles que nous avons dégagées en matière de considération.

I. *Première étape. La preuve est à la charge du stipulant.* — Cette règle découle tout naturellement de la présomption relative contre les restrictions partielles établie dans le cas *Mitchel c. Reynolds*. « La règle, a dit Parker C. J., est celle-ci : lorsqu'un tel contrat (c'est-à-dire un contrat renfermant une restriction partielle) *stat indifferenter*, et que, d'après son apparence, il pourrait être bon aussi bien que mauvais, la loi le présume, *prima facie*, mauvais » (1). De ce *dictum* il résulte donc que c'est celui qui invoque la validité (c'est-à-dire le stipulant) qui doit fournir la preuve que la restriction partielle n'est pas nulle. Cette anomalie dans la charge de la preuve est due, comme nous l'avons vu, à l'existence de la présomption relative contre la validité des restrictions partielles.

Dans les jugements qui retracent l'histoire de la doctrine des *restraints of trade*, on rencontre quelquefois des passages reproduisant l'état de la jurisprudence anglaise dans la première étape de l'évolution sur la question de preuve. Mais on trouve dans ces jugements une confusion inévitable entre la preuve de la rationalité et celle de la considération équivalente, ce qui démontre une fois de plus que la considération absorbait la rationa-

(1) SMITH'S *Leading Cases*, 1, 465.

lité au début de la deuxième phase. C'est ainsi que Lord Macnaghten a dit dans le cas *Nordenfellt* : « La doctrine que l'aire de la restriction doit correspondre à l'aire dans laquelle la protection est demandée est une vieille doctrine. Mais on admettait autrefois que la correspondance devait être exacte et qu'il incombait au plaignant (c'est-à-dire au stipulant) de prouver que la restriction qu'on cherchait à sanctionner n'était ni excessive, ni contraire à la police publique » (1).

La jurisprudence a été fixée dans ce sens pendant la plus grande partie de la deuxième phase. Ce n'est qu'assez tardivement qu'elle a changé d'attitude et que nous arrivons à une nouvelle étape.

II. *Deuxième étape. La preuve est à la charge du promettant.* — On peut fixer le point de départ de cette nouvelle époque au cas *Tallis c. Tallis* (2). C'est à partir de cet arrêt qu'on constate un revirement net de la jurisprudence anglaise sur la question de la charge de la preuve (3). Le demandeur et le défendeur dans l'espèce avaient été associés dans une entreprise d'édition. A la dissolution de la société le défendeur s'était engagé à ne pas s'occuper de la publication d'une certaine catégorie de livres dans le « Royaume Uni ». Dans un procès intenté contre lui pour violation de son engagement, il en invoqua l'irrationalité. Le tribunal jugea néanmoins que la restriction était valable, après avoir fait porter

(1) 1894, A. C. 535.

(2) 1 E. et B. 391 (1853).

(3) Il est intéressant de remarquer que le cas de *Hitchcock c. Coker*, qui marque le revirement de la jurisprudence anglaise en ce qui concerne la considération, remonte à une date assez rapprochée de celle du cas *Tallis c. Tallis*. Le premier cas date de 1837, le deuxième de 1853.

la charge de la preuve de l'irrationalité sur le défendeur (c'est-à-dire le promettant). Le chief Justice Campbell a dit à ce propos : « Pendant de nombreuses années, le contrat a été nul, à moins que la considération ne soit équivalente à la restriction. D'après le Chief Justice Parker dans *Mitchel c. Reynolds* la Cour devait constater qu'il était conclu sur une bonne et adéquate considération de façon à être un contrat équitable et utile. Mais, dans *Hitchcock c. Coker*, il fut admis que la Cour n'avait pas le pouvoir judiciaire d'examiner la proportion de la considération à la restriction ; et que, s'il y avait une considération légale ayant une valeur, le contrat devrait être sanctionné sans avoir égard au « quantum » de la valeur. De même dans *Mitchel c. Reynolds*, il a été dit : « Lorsqu'un tel contrat *stat indifferenter* et quand, d'après son apparence, il peut être bon aussi bien que mauvais, la loi le présume, *prima facie*, mauvais ». Mais, d'après la teneur des décisions récentes, le contrat est valable à moins que quelque restriction ait été imposée au delà de ce que demande l'intérêt du plaignant, et son intérêt a été considéré comme s'étendant très loin » (1).

(1) *Tallis c. Tallis* (1 E. et B. 391-410). Il faut relever dans ce passage le rapprochement entre le revirement de la jurisprudence anglaise en ce qui concerne la considération et son revirement en ce qui concerne la charge de la preuve.

Iry J., en citant le cas *Tallis c. Tallis* dans son jugement dans le cas *Rousillon c. Rousillon*, a constaté que cet arrêt a mis la charge de la preuve sur le promettant. « En d'autres termes, a-t-il dit, la Cour du Banc de la Reine rejetait sur le défendeur, qui alléguait la nullité du contrat sur ce terrain, la charge de prouver qu'il était évidemment clair que la protection s'étendait, par l'exclusion proposée des publications du défendeur, au delà de ce que demandaient les intérêts du plaignant. Et cela, sûrement, à mon avis, doit être la règle légale sur ce point, car le défendeur cherche à mettre une restriction à la liberté de contrat, et celui qui fait cela doit, je pense, prouver

La jurisprudence anglaise, depuis le cas *Tallis c. Tallis*, s'est fixée en ce sens que la preuve est à la charge du promettant. Même dans les phases postérieures, avec peut-être une réaction en ce qui concerne les contrats de louage de service, elle n'a pas changé d'attitude (1). Dans le cas *Nordenfelt*, Lord Macnaghten a dit : « Maintenant la meilleure opinion est que la Cour, doit considérer la restriction comme valable à moins que le défendeur ne prouve d'une façon claire et évidente que les intérêts du demandeur n'exigent pas l'exclusion du défendeur ou que les intérêts du public seraient sacrifiés si la restriction proposée était maintenue (2).

Cependant, dans quelques décisions récentes, on peut discerner une réaction qui s'est produite dans le domaine des contrats de louage de service, pour lequel certains jugements ont admis que la charge de la preuve incombe au stipulant, comme il en était pendant la première étape.

Nous reviendrons sur ce point en examinant le mouvement général de réaction qui s'est produit dans ce domaine. Pour le moment il nous suffit de constater que, jusqu'à cette réaction, la règle était fermement établie que la charge de la preuve incombait au promettant, même dans le domaine des contrats de louage de service (3).

que c'est évidemment nécessaire dans le but de protéger la liberté de commerce (1880, 14 Ch. 365).

(1) On peut constater ici, d'après le cas *Tallis c. Tallis* lui-même, qu'il y a des décisions antérieures qui ont déjà établi la règle, qui rejette la charge de la preuve sur le promettant. La règle remonte, en effet, jusqu'au cas *Horner c. Graves* (7 Bing. 735) qui date de 1831.

(2) 1894, A. C. 535.

(3) C'est ainsi que dans le cas *Haynes c. Doman*, où il s'agit d'un contrat de louage de service, Romer L. J. a dit : « Lorsqu'une per-

Avec le transfert de la charge de la preuve, la présomption relative, que nous avons rencontrée à l'origine contre la validité des restrictions partielles, est renversée. Désormais on présume valable toute clause restrictive partielle sauf preuve contraire. Il y a là un mouvement continu en faveur de la liberté de contrat qui a accompagné un autre mouvement, celui de l'assouplissement des règles rigides. La marche continue et parallèle de ces deux mouvements caractérise toute l'histoire de la doctrine des *restraints of trade*. Jusqu'ici ils ont triomphé définitivement dans le domaine des restrictions partielles : le premier a abouti au renversement de la présomption relative contre la liberté de contrat ; le second à l'établissement du *Standard* de la rationalité. Nous verrons qu'ils continueront leur marche parallèle jusqu'à dominer le domaine des restrictions générales ; la présomption en faveur de la liberté de contrat dans ce domaine apparaîtra en même temps que le *Standard* de la rationalité.

§ 3. — NATURE DE LA QUESTION DE RATIONALITÉ. —
QUESTION DE DROIT OU QUESTION DE FAIT

La question est d'une grande importance sous un régime comme celui du droit anglais, où les précédents judiciaires ont l'autorité de la loi. Si l'on soutient que la rationalité est une question de droit, toute une doctrine homogène et solide ne tardera pas à s'édifier sur

sonne, ayant l'âge suffisant et la capacité professionnelle, conclut sciemment un contrat de louage de service qui est seulement en restriction partielle du commerce, je pense que la charge lui incombe de prouver qu'il va au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire » (1899, 2 Ch. 30).

les précédents judiciaires, pour diminuer dans la mesure du possible la divergence des appréciations individuelles et pour assurer la fermeté de la jurisprudence anglaise. Si l'on soutient, au contraire, qu'elle est une question de fait, il y a toute chance que jamais une doctrine stable n'émerge du chaos des appréciations diverses et contradictoires des jurés civils (1).

Heureusement, la jurisprudence anglaise a, de tout temps, résolu la question dans le premier sens.

C'est le juge, et non pas les jurés, qui prononce sur la rationalité de la restriction. Il assure ainsi par des applications répétées une certaine stabilité à cette directive générale. Il en dégage des sous-directives qui éclairent sa voie et diminuent, dans la mesure du possible, les tâtonnements qui accompagnent souvent la marche dans un chemin peu exploré. Aussi la jurisprudence anglaise, en mettant cette question sous le contrôle ferme du juge, est parvenue à édifier de toutes pièces une doctrine harmonieuse, souple et vivante.

Que la jurisprudence anglaise ait confié au juge l'application du *standard* de la rationalité, cela ne veut pas dire que le témoignage des hommes d'affaires, des professionnels, souvent utile pour éclairer le juge sur les exigences d'une profession ou sur les procédés pratiqués dans tel ou tel métier, ne soit d'aucun secours, dans l'appréciation de la rationalité. Le juge peut trouver dans ce témoignage les éclaircissements qui jetteront de la lumière sur des points obscurs, dont la compréhension est nécessaire pour la bonne application du *standard*. Mais

(1) En France, où il n'y a pas de jurés civils, la question prend un autre aspect. Si la rationalité est une question de droit, son appréciation sera soumise au contrôle de la Cour de cassation.

ce témoignage n'est admissible qu'à titre d'information. Dans les cas *Badische Anilin und Soda Fabrik c. Schott Segner and Co* (1) le Lord Justice Chitty a dit : « L'avis des commerçants manifesté par leurs actes ne doit pas être dédaigné dans la question de rationalité bien que cet avis ne soit pas concluant sur le sujet ». Il est à peine besoin de dire que la question de rationalité est restée toujours une question de droit même dans les phases postérieures de la jurisprudence anglaise.

Dans le cas *Mason* (2) le lord Chancelier Haldane s'est exprimé dans les termes suivants . « Les questions de restrictions ont toujours été réservées par les cours ; comme étant une question de droit qui doit être décidée conformément à un critérium légal défini. Le témoignage n'est pas admissible sur la question de la validité ou de la rationalité, bien que le témoignage soit admissible quant à la nature de l'affaire ou de l'emploi et, je pense aussi quant à toute pratique qui est d'usage parmi les hommes d'affaire en ce qui concerne les conditions de service, non parce que ce témoignage décide la question légale de ce qui est raisonnable, mais parce que ce qui est d'usage est, dans une certaine mesure, un guide dans la considération des nécessités du commerce particulier (3),

(1) 1892, 3 Ch. 453.

(2) 1913, A. C. 724.

(3) Dans le cas *Haynes c. Doman* (1899, 2 Ch. 24) on lit aussi le dictum suivant de Lindley M. R. : « L'introduction du témoignage quant à la rationalité est une nouveauté. A mon avis, il est inadmissible, et il ne doit pas être accueilli. Le témoignage des personnes dans le commerce est admissible pour renseigner la Cour sur sa nature, sur ce qui est l'usage, sur toute chose qui requiert l'attention dans le mode de le conduire, sur tout danger particulier qui requiert précaution, et sur les précautions qui sont nécessaires afin de protéger celui qui exerce le commerce contre les dommages causés par

celui qui quitte son service. Mais la rationalité d'un contrat dépend de son interprétation exacte et de son effet légal, et est, par conséquent, une question du ressort de la Cour, et, dans une pareille question, l'opinion des témoins est hors de place. »

De même dans le cas *Attorney General c. Adelaide Steamship Co* (1913, A. C. p. 781), lord Parker of Waddington a dit : « On doit se rappeler que la question de savoir si une clause restrictive à la liberté de commerce est raisonnable, soit par rapport à l'intérêt des parties, soit par rapport à l'intérêt du public, est une question du ressort de la Cour, à trancher par elle après avoir interprété le contrat et considéré les circonstances existantes au moment de sa conclusion. C'est, en réalité, une question de police publique, et non pas une question de fait, sur laquelle le témoignage, quant aux conséquences actuelles ou probables si le contrat était mis à exécution, est admissible. » Dans le même sens, voir aussi *Dowden c. Pook* (1904, 1 K. B. 45), *Leng c. Andrews* (1909, 1 Ch. 763), *Parks. c. Cullen* (28 T. L. R. 371), *Nevanas c. Walker* (1914, 1 Ch. 413).

Pollock, dans son ouvrage (*Principles of Contract*), a dit : « Savoir si une restriction contractée dans une espèce déterminée peut-être raisonnable est une question, non pas de fait, mais de droit. Une tentative audacieuse et sans succès a été faite dans le cas *Dowden c. Pook* (1 K. B. 45).

CHAPITRE IV

Questions communes à toutes les restrictions

Nous examinerons ici la classification des clauses restrictives, l'interprétation et l'action en exécution de ces clauses.

SECTION I

Classification des clauses restrictives.

Les restrictions à la liberté de travail peuvent se diviser en restrictions collectives et en restrictions individuelles. Les premières se rencontrent dans les contrats collectifs, en vue de dicter une ligne de conduite à un groupement d'individus ayant des intérêts communs ; les autres figurent dans des contrats intervenant entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets purement individuels. Les premières ne rentrent pas dans notre programme de recherches (1). Quant aux

(1) Sur la classification des restrictions de cette catégorie, voir JOLLY ARNOLD, *Contracts in restraint of trade*, 3^e éd., Londres, p. 56 et s.

Nous citons ici, à titre documentaire, quelques cas sur ce sujet : *Mogul Steamship case* (1892 A. C.); *Wickens c. Evans* (3 et J. 318) . *Shrewsbury and Birmingham C. c. London et N. W. Ry C.* (21 L. J; Q. B. 93) ; *Collins c. Locke* (4 A. C. 674) ; *Urmston c. Whiteleg*

secondes, nous avons déjà constaté qu'elles sont dominées par une classification fondamentale : la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles.

Pendant toute la deuxième phase cette classification subsistera comme la pierre de touche de la théorie des *restraints of trade*. A partir de la troisième phase une classification nouvelle va s'ébaucher et prendre graduellement une telle importance qu'elle remplacera définitivement l'ancienne. On ne parlera plus des restrictions générales ou des restrictions partielles ; on parlera des restrictions contenues dans des contrats de cession de fonds de commerce et des restrictions contenues dans des contrats de louage de service. Nous ne dirons ici que quelques mots de cette classification nouvelle. C'est dans la quatrième phase qu'elle trouvera son développement complet.

A. Contrats de cession des fonds de commerce.

Le fonds de commerce est une universalité qui se compose de deux éléments : un élément corporel (mar-

(63 L. T. 455) ; *Cousins c. Smith* (13 Ves. 542) ; *Code c. Daly* (1910, 1 Ir. R. 306) ; *Swains c. Wilson* (24 Q. B. O. 252) ; *Jones c. North* (19 Eq. 426) ; *Gazney c. Bristol Soc.* (1909, 1 K. B. 901) ; *Osborne c. Amalgamated Soc. of Railway Servants* (1911) 1 Ch. 540) ; *Russel c. Amalgamated Soc. of Carpenters* (1910, 1 K. B. 506 ; 1912, A. C. 421) ; *Mineral Water Soc. c. Booth* (36 Ch. D. 465) ; *Cullen c. Elwin* (90 L. T. 840) ; *Burke c. Amalgamated Soc. of Dyes* (1906, 2 K. B. 583) ; *Reynolds c. Shipping Federation* (1924) 1 Ch. D. 228). Voir aussi pour le droit américain l'acte *Sherman* (26 Statutes at Large, 210) et cf. à cet acte l'« *Australian Industries Preservation Act*, 1906 : Partie II, intitulée : « *Repression of Monopolies* » (pour ce dernier act, voir *Attorney General of the Commonwealth of Australia c. Adelaide Steamship Co. Lt and Others* (Privy Council, A. C. 1913).

chandises, locaux, machines etc.) et un élément incorporel (nom commercial, achalandage, clientèle, brevets d'inventions et marques de fabrique etc.) Comme toute universalité il se compose d'un actif et d'un passif. Cette entité juridique est susceptible d'être l'objet d'opérations juridiques diverses, ex : vente, association, legs, donation louage etc (1). Parmi les opérations les plus fréquentes se trouvent la vente et la société (2). C'est surtout à propos de ces deux opérations qu'on rencontre les clauses restrictives de la liberté du travail. L'acheteur ou l'ex-associé s'impose le plus souvent des restrictions à sa liberté de travail, pour garantir au nouveau propriétaire la pleine jouissance du fonds.

Il y a là une garantie expresse. Mais il ne faut pas croire qu'à défaut de cette garantie le nouveau propriétaire se trouve complètement désarmé contre la concurrence de l'ex-propriétaire. Il y a toujours une garantie implicite qui a presque la même efficacité que la garantie expresse (3). Cependant cette dernière ga-

(1) Dans *Hitchcock c. Coker* (1837, 6 H. et E. 438) Tindal a dit : « La clientèle (*goodwill*) d'une entreprise pourrait être l'objet d'évaluation et cédée pour un prix. Elle pourrait être vendue, léguée, comme elle pourrait devenir une partie de l'actif entre les mains des continuateurs de la personnalité du commerçant. » Il est à remarquer que le mot anglais « *goodwill* » correspond plutôt à l'élément incorporel de l'entreprise.

(2) Les clauses restrictives se présentent sous deux formes en matière de société : soit à la formation de la société lorsqu'un associé fournit comme apport un fonds de commerce, soit à sa dissolution lorsqu'un des associés se retire et s'engage à ne pas s'occuper de la même affaire.

(3) C'est ainsi que Sargant J. a dit dans *Smedley's Lim. Co c. Smedley* (Note sur le cas de *British Reinforced Conceited Engineering Lim. c. Schelff* (1921) 2 Ch. 583) : « Cela (c'est-à-dire une restriction pour protéger une entreprise cédée) peut difficilement le

rantie est supérieure à la première, tout au moins quant à la précision de la restriction qu'elle impose au garant.

De plus la garantie implicite n'empêche pas la concurrence ; elle interdit seulement qu'on sollicite l'ancienne clientèle de l'entreprise (1) ou qu'on utilise les secrets de commerce (2).

B. Contrats de louage de service.

C'est par ce contrat qu'on recrute les travailleurs : manœuvres, employés, travailleurs techniques, apprentis, etc. Il arrive, quelquefois, que l'employé, grâce à sa situation dans l'entreprise, soit à même de connaître les secrets de la maison. Dans ce cas, il peut nuire au patron, si en quittant son service, il s'établit à son propre compte

rendre capable d'offrir à l'acheteur plus que ce qui pourrait être impliqué par une simple cession du « *goodwill* » (clientèle) sans aucune clause restrictive. »

(1) Cf. *Trego c. Hunt* (1896, A. C. 7). Le droit américain est semblable au droit anglais sur ce point. Voir *Bremen c. Mac. Monnies* (200 N. Y. 41 ; 93. N. E. 186 ; 32, L. R. A. (N. S.), 293 ; *Zanturjian c. Boornazev* (25 R. L. 151 ; 55, Atl. 199) ; *Horner c. Lawrence* (88 N. Y. Misc. 95 ; 149, N. Y. S. 82). Voir aussi WILLISTON, *On Contracts*, l. c., vol. III, § 1640.

Il est à remarquer qu'en cas de garantie expresse jugée nulle pour une cause ou une autre, la garantie implicite prend sa place.

(2) L'utilité pratique qu'il y a à envisager le fonds de commerce comme une universalité juridique, et ainsi à rendre possible sa cession, se manifeste à plusieurs points de vue. Ex. : un vieux commerçant peut se retirer en réalisant quelque profit par la vente de son fonds, au lieu de continuer le commerce à un âge trop avancé et de risquer ainsi de perdre sa clientèle ; ou, encore, au lieu de diviser un fonds de commerce entre plusieurs héritiers, on peut, par sa cession, le conserver dans une seule famille, et éviter les conséquences fâcheuses d'une division pour le progrès économique de l'industrie.

pour lui faire concurrence, ou même s'il entre au service d'un autre concurrent ; de là, la nécessité d'insérer dans le contrat de louage de service des clauses restrictives qui empêcheront l'employé de s'engager dans cette voie.

Mais il arrive souvent que les patrons, de leur côté, exagérant le danger de la concurrence éventuelle, imposent à leurs employés des restrictions trop larges dans le but de les attacher à leur service. C'est à propos de ces clauses tyranniques que la jurisprudence anglaise a évolué récemment, en passant par une quatrième phase, que nous étudierons plus loin.

Dans ces contrats, comme dans ceux de cession de fonds de commerce, une garantie implicite existe à défaut d'une garantie expresse. L'employé, même s'il n'y a pas de clause restrictive, doit agir de bonne foi envers son patron, et ne doit pas utiliser à son détriment les informations qu'il pourrait avoir acquies pendant la durée de ses services (1).

Les deux contrats (celui de louage de service, et celui de cession de fonds de commerce) représentent deux situations économiques essentiellement différentes.

L'employé vis-à-vis du patron n'est pas dans la même situation que le vendeur vis-à-vis de l'acheteur. Le lien de subordination qui existe dans le cas de l'employé est absent dans le cas du vendeur. De plus, la situation économique de ce dernier lui permet, le plus souvent, de s'abstenir de toute concurrence ; il n'en est pas de même de celle de l'employé.

Nous examinerons plus loin toutes les différences

(1) *Robb c. Green* (1895, 2 Q. B. 315).

entre ces deux situations essentiellement distinctes, et les conséquences qui en découlent (1).

(1) Il est utile de citer ici une classification américaine donnée par le président TART dans le cas *U. S. c. Addyson Pipe et Steel Co* (85, Fed. 271, 281 ; 29 C. C. A. 141, 150 Affd ; 175, U. S. 211, 441, éd. 136, 205, S. Ct. 96). Cette classification a le mérite de résumer l'état du droit américain en matière de « *restraints of trade* » en s'appuyant sur les principaux cas anglais et américains qui font jurisprudence. Les restrictions partielles sont valables quand elles sont contractées : 1^o par le vendeur d'une propriété ou d'une entreprise afin de ne pas faire concurrence à l'acheteur d'une façon qui puisse diminuer la valeur de la chose achetée ; 2^o par un ex-associé, afin de ne pas faire concurrence à la société ; 3^o par un associé pendant la durée de la société, afin de ne pas intervenir, soit par concurrence, soit autrement, dans l'affaire menée par la société ; 4^o par l'acheteur d'une propriété afin de ne pas faire concurrence à la partie de l'entreprise qui reste dans la main du vendeur ; et 5^o par l'assistant ou l'employé afin de ne pas faire concurrence à son patron après la cessation de ses services. Néanmoins, avant de décider que ces restrictions sont valables, la Cour doit s'assurer qu'elles sont raisonnablement nécessaires (1, 2) pour la jouissance par l'acheteur de la propriété, de l'entreprise, ou de la part dans la société achetée ou (3) pour la protection des intérêts légitimes de la société, ou (4) pour empêcher le préjudice qui pourrait atteindre l'entreprise du vendeur par l'usage que l'acheteur ferait de la chose vendue ; ou (5) pour empêcher que le patron perde son entreprise si l'employé se servait injustement de la connaissance confidentielle qu'il a acquise pendant son service...

Dans la première catégorie viennent les cas *Mitchel c. Reynolds* (1 P. W. 181) ; *Jowle c. Park* (131, U. S. 88, 9 Sup. Ct 658) ; cas *Nordenfjelt* (1894, A. C. 535) ; *Rousillon c. Rousillon* (14 C. D. 351) ; *Leather Cloth Co c. Lorisont* (L. R. 9 Eq. 345) ; *Whittaker c. Howe* (3 Beav. 383) ; *Diamond Match Co c. Roeber* (106 N. Y. 473, 13 N. E. 419, 60 Am. Rep. 464) ; *Tode c. Gross* (127 N. Y. 480, 28 N. E. 469, 13 L. R. A. 652, 24 Am. St. Rep. 475) ; *Beal c. Chase* (31 Mich. 490) ; *Hubbard c. Miller* (27 Mich. 15, 15 Am. Rep. 153) ; *National Benefit Co c. Union Hospital Co* (45 Minn. 272, 47 N. W. 806, 11, L. R. A. 437) ; *Whitney c. Slayton* (40 Mc. 224) ; *Pierce c. Fuller* (8 Mass. 223, 5 Am. Déc. 102) ; *Richard c. American Desk and Seating Co* (87 Wis. 503, 58 N. W. 787). Dans la seconde catégorie viennent les cas *Tallis c. Tallis* (1 W. R. 114) ; *Lange c. Werk*

SECTION II

Interprétation des clauses restrictives

Deux principes fondamentaux ont été dégagés dans le cas *Mills c. Dunham* (1) où le Lord Justice Chitty a dit : « Il y a deux règles générales applicables aux cas de l'espèce que nous avons devant nous. La première est que, lorsqu'un contrat ou un accord est attaqué sur le fondement qu'il contient une restriction déraisonnable au commerce, le devoir de la Cour est d'abord d'interpréter le contrat où l'accord lui-même, et de vérifier, d'après les règles ordinaires d'interprétation, quelle est l'intention réelle des parties, ensuite d'appliquer la règle de la rationalité par référence à l'étendue du contrat attaqué et voir si elle va trop loin... La deuxième règle générale qui, je pense, s'applique ici est que, lorsqu'il s'agit de séparer la bonne de la mauvaise partie d'un

(2 Ohio St. 519). Dans la troisième catégorie viennent les cas *Trony Laundry Machinery Co c. Dolph* (138 U. S. 617, 34 L. Ed. 1083, 11 Sup. Ct. 412, 28 Fed. 553) ; *Matthews c. Associated Press* (36 N. Y. 333, 32 N. E. 981, 32 Am. St. Rep. 741). Dans la quatrième catégorie viennent les cas *American Strawboard Co c. Haldeman Paper Co* (83 Fed. 619, 27 C. C. A. 634) ; *Hitchcock c. Anthony* (83 Fed. 779, 28 C. C. A. 80) ; *Oregon Navig. Co c. Winsot* (20 Wall. 64, 22 L. Ed. 315) ; *Dunlop c. Gregory* (10 N. Y. 241, 61 Am. Déc. 746) ; *Hodge c. Sloan* (107 N. Y. 244, 17 N. E. 355, 1 Am. St. Rep. 816). Dans la cinquième catégorie viennent les cas *Homer c. Ashford* (3 Bing. 326) ; *Horner c. Graves* (7 Bing. 735) ; *Hitchcock c. Coker* (6 A. et E. 348) ; *Ward c. Byrne* (5 M. et W. 548) ; *Dubowski c. Goldstein* (1896, 1 Q. B. 478) ; *Perls c. Saalfeld* (1892, 2 Ch. 149) ; *Taylor c. Blanchard* (13 Allen, 370 ; 90 Am. Dec. 203) ; *Keeler c. Taylor* (53 Pa St. 467, 91 Am. Dec. 221) ; *Herreshoff c. Boutineau* (17 R. 1, 3, 19 Atl. 712, 33 Am. St. Rep. 850).

(1) 1891, 1 Ch., pp. 579-580.

contrat ou d'un accord de cette sorte, la Cour doit trouver dans l'accord lui-même une justification suffisante pour opérer la séparation ; la Cour doit prendre grand soin de ne pas créer une convention nouvelle pour les parties, ni sculpter dans une convention déraisonnable une convention qui soit raisonnable, dans le but de maintenir ce qui serait autrement nul ». Reprenons successivement ces deux principes.

§ 1. — *Interprétation de la clause restrictive selon les règles de droit commun de la construction.*

Les règles normales d'interprétation s'appliquent dans le domaine des *restraints of trade* (1). Quelles sont les règles le plus fréquemment appliquées en cette matière ? Nous énumérons ici quelques-unes des plus importantes.

1^o En cas d'ambiguïté, le tribunal préfère l'interprétation qui rend le contrat valable à celle qui le rend nul. Mais il faut que les termes du contrat soient vraiment incertains (2). C'est une chose de donner une interprétation qui rende le contrat intelligible et une autre chose de s'efforcer à donner une interprétation qui le rende valable, quand sa nullité ne fait pas de doute.

2^o Le contrat doit être interprété, eu égard, à son objet. Il arrive, quelquefois, qu'on ne précise pas dans la clause restrictive quel genre d'industrie le promettant ne doit pas entreprendre. On se réfère à l'entreprise menée par le stipulant. On constate le plus souvent que l'intention des parties a été de s'y reporter (3).

(1) Voir *Perls c. Saalfeld* (1892, 2 Ch. 149) ; *Mœnich c. Fenestre* (61 L. J. Ch. 737) ; *Morris c. Ryle* (103 L. T. 545).

(2) Cf. *Reeve c. Marsh* (23 T. L. R. 24).

(3) *Dubowski c. Goldstein* (1896, 1 Q. B. 481) ; *Underwood c. Bar-*

3^o Quand l'étendue de la restriction n'est pas bien précisée par les parties, la cour ne peut pas la préciser elle-même sous prétexte d'interpréter le contrat. Nous avons déjà examiné ce point (1).

4^o Les termes techniques dans une clause restrictive peuvent être éclaircis par des experts. Mais leur témoignage ne peut-être recueilli qu'à titre d'information (2).

5^o L'étendue de la restriction doit être interprétée strictement et d'une façon limitative. Le demandeur doit démontrer que la violation invoquée entre dans les termes mêmes de la restriction, sans donner à ces termes une interprétation plus large que celle acceptée habituellement par les hommes d'affaire dans leurs relations entre eux. De plus, on ne peut pas déduire par interprétation une clause restrictive qui n'est pas expressément insérée dans le contrat (3).

§ 2. — DIVISIBILITÉ DES CLAUSES RESTRICTIVES

Par suite de l'interprétation de la clause restrictive selon les règles de droit commun, et à raison de l'appli-

ker (1899, 1 Ch. 306) ; *Haynes c. Doman* (1899, 2 Ch. 25) ; *Palmer c. Mallet* (36 C. D. 411) ; *Mumford c. Gething* (7 C. B. N. S. 305) ; *Mœnich c. Fenestre* (61 L. J. Ch. 737) ; *Mills c. Dunham* (1891, 1 Ch. 576) ; *Hood c. Jones* (81 L. T. 169) ; *Barr c. Craven* (89 L. T. 574) ; *Morris c. Ryle* (26 T. L. R. 678) ; *Perls c. Saalfeld* (1892, 2 Ch. 149) ; *Rogers c. Maddocks* (1892, 3 Ch. 346) ; *Nevanas c. Walker* (1914, 1 Ch. 413).

(1) *Davies c. Davies*, 1887, 36 Ch. 359 ; *Mason c. Provident...* (1913, A. C. 724).

(2) *Lovell c. Ward* (27 T. L. R. 236).

(3) *German c. Chapman* (7 C. D. 271) ; *Hayne c. Burchell* (35 Sol. J. 88) ; *Southland Frozen Meat Co c. Nelson* (1898, A. C. 421) ; *William Cory c. Harrison* (1906, A. C. P. 275) ; *Re Irish* (40 C. D. 49).

cation du *standard* de la rationalité à cette clause, il se peut que l'on constate qu'elle dépasse la mesure raisonnable.

Dans ce cas il paraît assez logique de la considérer comme nulle pour le tout. Cependant, la jurisprudence anglaise n'a pas adopté cette solution dans toute sa rigueur. Poursuivant le mouvement en faveur de la liberté de contrat, dont nous avons suivi le progrès dès le début de la deuxième phase, elle ne s'est pas contentée de renverser la présomption relative contre cette liberté ; elle est allée plus loin. Au cas où on abuse de cette liberté pour imposer une restriction trop large à la liberté de travail, elle vient parfois à l'aide du stipulant, et au lieu d'annuler toute la clause, elle la réduit simplement à la mesure raisonnable.

Le principe de la divisibilité de la clause restrictive s'effacera plus tard dans le domaine des contrats de louage de service, devant le mouvement général de réaction contre la liberté de contrat, qui se produira dans ce domaine. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette évolution ultérieure. Ici nous nous contentons d'examiner sous quelles conditions, et comment, la jurisprudence anglaise a admis la divisibilité de la clause restrictive, soit qu'il s'agisse d'un contrat de cession de fonds de commerce, soit qu'il s'agisse d'un contrat de louage de service, avant la réaction qui s'est produite dans la quatrième phase de l'histoire des *restraints of trade*.

D'après les termes du Lord Justice Chitty que nous avons déjà cités (1) la Cour, pour diviser une clause restrictive, doit trouver une justification suffisante dans

(1) *Supra*, p. 160.

cette clause elle-même. Cette justification existe toute les fois que la clause est excessive, et, en même temps, susceptible d'être divisée.

Quant à la première condition (le caractère excessif de la clause) elle dépend, comme nous l'avons vu, de l'appréciation du juge. Quant à la deuxième (son caractère divisible) il faut que la clause soit, d'après les termes du Maître des Rôles Lindley dans le cas *Underwood c. Barker* (1) formulée de façon à permettre la division en deux parties dont l'une est bonne et l'autre est mauvaise (2).

Il faut aussi que ces deux parties soient indépendantes l'une de l'autre (3). On ajoute, quelquefois, une troisième condition : celle du caractère accessoire de la partie excessive (4). Cette condition n'apparaîtra, en réalité,

(1) 1899, 1 Ch., p. 304. Lindley M. R. se réfère aux cas *Baines c. Geary* (1887, 35 Ch. 154) et *Nordenfelt* (1893, 1 Ch. 630) où la clause était divisible, et au cas *Perls c. Saalfeld* (1892, 2 Ch. 149) où la clause ne l'était pas.

(2) Dans le cas *Attwood c. Lamont* (1920, 3 K. B. 571) il a été établi que les restrictions sont divisibles quand la division pourrait être effectuée en supprimant les restrictions qui sont excessives quant à l'espace, à l'objet ou aux classes de clients, pourvu que ces restrictions soient exprimées de façon à être traitées comme des obligations négatives séparées ; mais le tribunal ne doit pas diviser une restriction unique exprimée en termes indivisibles. D'après l'expression de Matthews, la Cour pourrait diviser dans une espèce où la division pourrait être effectuée au moyen d'un crayon bleu, et non pas autrement.

(3) C'est ainsi que Lindley M. R. a dit dans le cas *Haynes c. Doman* (1899, 2 Ch., p. 25) : « Je n'envisage pas les restrictions qui sont exprimées de façon à être bonnes en partie et mauvaises en partie, et dans lesquelles les bonnes parties sont indépendantes des mauvaises. De telles restrictions sont nulles entièrement, les parties mauvaises infectant et détruisant le tout. »

(4) C'est ainsi que lord Moulton a dit dans le cas *Mason c. Provident...* (1913, A. C. 745) : « Cela (c'est-à-dire la division) pourrait

que plus tard, et seulement dans le domaine des contrats de louage de service, quand la réaction contre la divisibilité des clauses restrictives, à laquelle nous avons fait allusion, se produira.

On trouve des applications nombreuses de ces principes dans les recueils de la jurisprudence anglaise.

Dans *Mallan c. May* (1) la clause restrictive était limitée à *Londres*, aux autres parties de l'Angleterre, et à l'Ecosse. On a considéré cette clause comme excessive et divisible, et on l'a réduite à la limitation qui concerne la première ville. Dans *Robinson c. Heuer* (2) la clause restrictive interdisait au promettant de s'occuper d'une entreprise similaire à celle du stipulant, ou de toute autre entreprise ; la dernière partie de la clause « toute autre entreprise » a été annulée comme excessive (3).

être fait seulement dans des cas où la partie valable est bien divisible, et même dans le cas seulement où la partie excessive n'a qu'une importance secondaire ou purement technique, et n'est pas une partie du contenu principal et de la substance de la clause. »

Younger L. J. dans le cas *British Reinforced Concrete Engineering Co. Ltd. c. Schelff* (1921, 2 Ch.) a emprunté les mots de lord Moulton dans le cas *Nelson* en disant : « Je ne pense pas que ce procédé (c'est-à-dire la division) doive être étendu au cas — qui n'est pas couvert jusqu'ici par une autorité — où la partie excessive n'est pas d'une importance secondaire, mais est une partie du contenu principal et de la substance de la clause. »

(1) 11 M. et W. 653.

(2) 1898, 2 Ch. 451.

(3) Autres applications : a) Dans le cas *Cheman c. Nainby* (2 Str. 739) qui date de l'année 1727, le principe suivant a été posé : Si un « *bond* » impose l'obligation de faire plusieurs choses, dont quelques-unes sont légales et les autres contre le « *common law* », le « *bond* » est valable en ce qui concerne les choses légales et nul ne ce qui concerne celles qui sont contre la « *common law* ». C'est de ce principe général que découlent les règles de la divisibilité de la

Etant données les conditions nécessaires pour la division de la clause restrictive, comment cette division doit-elle être effectuée ?

Pour emprunter encore les termes de Chitty L. J. (1) la Cour ne doit pas créer une nouvelle convention, ni sculpter dans une restriction déraisonnable une restriction qui serait raisonnable, dans le but de maintenir ce qui serait nul autrement. Dans le cas *Baker c. Hedgcock* (2) le défendeur s'était engagé à ne s'occuper d'aucune profession dans un lieu déterminé sans le consentement du demandeur, qui était un tailleur ; Chitty L. J. a refusé de réduire la clause restrictive à la limite de la profes-

clause restrictive ; b) dans le cas *Price c. Green* (1847, 16 M. et W. 346) une clause restrictive a été réduite aux villes de *Londres* et *Westminster* et annulée en ce qui concernait le surplus (600 milles autour de ces deux villes) ; c) dans *Nicholls c. Stretton* (10 Q. B. 346) la clause restrictive a été réduite à la clientèle présente, à l'exclusion de la clientèle future ; d) dans *Davies Turner et Co c. Lowen* (64 L. T. 655) la clause restrictive a été réduite à l'entreprise menée actuellement par le stipulant, et en écartant la partie relative à « toute entreprise qui pourrait être menée par lui à l'avenir » ; e) dans *Rogers c. Maddocks* (1892, 3 Ch. 346) les mots « eaux aérées » ont été annulés comme excessifs ; f) dans le cas *Nordenfelt* (1894, A. C. 535), la clause restrictive a été réduite à quelques-uns des nombreux objets qui y étaient mentionnés ; g) dans *Goldsoll c. Goldman* (1915, 1 Ch.) la clause restrictive a été réduite au « Royaume Uni » et à « l'Ile de Man » et annulée en ce qui concerne quelques pays étrangers ; elle a été aussi réduite au commerce des « faux bijoux » et annulée en ce qui concerne le commerce des « vrais bijoux ». Une application inexacte des principes a été faite dans le cas *Baines c. Geary* (1887, 35 Ch. 154) où la clause restrictive s'étendait à la clientèle de tout temps du patron ; on a réduit la clause à la clientèle présente ; cependant la clause était exprimée en termes indivisibles : « clientèle de tout temps. » Aussi la validité de cette décision, quoique non abrogée, a été mise en doute par Rigby, Warrington, et Scrutton (voir aussi JOLLY, *Contracts in restraint of trade*, p. 83).

(1) *Supra*, p. 160.

(2) 39 C. D. 520.

sion du demandeur ; en divisant ainsi la clause, il se fut efforcé de faire sortir d'une clause déraisonnable, une clause raisonnable, pour maintenir la première (1).

Il arrive, quelquefois, que les parties, tout en n'ayant pas l'intention de formuler une clause excessive, emploient des termes assez larges pour couvrir des hypothèses où la clause serait excessive, mais que les parties n'ont pas prévues. Dans ce cas, il ne s'agit pas de diviser la clause, puisqu'elle n'est pas excessive, mais simplement de l'interpréter conformément à l'intention des parties. Il faut donc la limiter aux hypothèses prévues par elles, et ce faisant, on ne viole pas la règle qui interdit la division de la clause exprimée en termes indivisibles. La différence entre les deux cas est évidente. Dans le premier, les parties n'ont aucunement l'intention de formuler une restriction déraisonnable malgré les termes trop larges dans lesquels elles se sont exprimées ; dans le deuxième elles ont envisagé l'effet excessif de la restriction, et l'ont voulu (2).

(1) Cf. *Hooper c. Willis* (94 L. T. 624). Dans ces exemples, on peut aussi appliquer la règle que la clause restrictive doit être susceptible de division matérielle.

(2) Le Maître des Rôles a dit dans le cas *Haynes c. Doman* : « Une autre question qui demande l'attention est de savoir si une clause restrictive à la liberté de commerce doit être considérée entièrement nulle, parce qu'elle est formulée de façon à couvrir des cas qui peuvent peut-être se réaliser, et auxquels elle ne pourrait pas être raisonnablement appliquée... Dans tous les cas pareils (c'est-à-dire quand la restriction est formulée de façon à être divisible en deux parties distinctes dont l'une ne dépend pas de l'autre), la clause n'est pas considérée comme étant nulle pour le tout, mais elle est considérée comme bonne dans la mesure où elle échappe aux objections et mauvaise seulement en ce qui concerne les parties qui soulèvent des objections. *Mallan c. May* est le cas principal sur ce point... et le même principe est, à mon avis, applicable aussi

Sur le problème de la divisibilité le droit américain prend une position analogue à celle du droit anglais. Il admet aussi que le critérium consiste en ceci : la clause restrictive peut-elle ou non être divisée en plusieurs parties distinctes ? Cependant il n'exige pas, comme le droit anglais, que la clause soit susceptible d'une division matérielle. Une restriction formulée en termes en apparence indivisibles peut être divisible quant à son

aux cas non prévus et auxquels il serait raisonnable d'appliquer la restriction » (1899, 2 Ch., pp. 24-25).

Dans le cas *Rannie c. Irvine* (7 M. et G. 974), Tindal L. J. a dit : « Si, néanmoins, le contrat était raisonnable au moment où il a été conclu, nous ne devrions pas envisager des hypothèses improbables et fantastiques susceptibles de le rendre nul. »

Dans le cas *Haynes c. Doman*, que nous avons déjà cité, il s'agit d'un contrat de service avec la clause restrictive que l'employé ne s'occuperait pas d'une même entreprise que celle menée par son patron. Lindley M. R. en citant des exemples des hypothèses improbables et imprévues par les parties a dit : « Dans ce cas des hypothèses possibles où la restriction ne serait pas raisonnable ont été suggérées. Une de ces hypothèses pourrait se produire si le défendeur avait quitté le service du demandeur peu de temps après y être entré, et avant qu'il ait pu acquérir et emporter avec lui connaissance du mode de conduite de l'affaire par le demandeur. Cette hypothèse ne s'est pas réalisée, et, évidemment, elle n'a pas été prévue... Un autre cas (du même genre) se rencontrerait si le défendeur quittait complètement l'entreprise... pendant vingt ou trente ans, puis qu'il veuille la reprendre... Même si de pareils cas pouvaient justement être envisagés comme constituant des violations de l'engagement, nous ne serions pas obligés de considérer l'engagement comme nul « *in toto* », parce qu'il pourrait s'étendre à ces hypothèses extrêmement improbables » (1899, 2 Ch., 26-27). Dans le cas *Rousillon c. Rousillon*, Fry a dit : « Quand je considère les directions diverses qui pourraient influencer sur le commerce, et la grande difficulté de formuler la restriction de façon à viser tous les cas possibles où un préjudice pourrait se produire sans comprendre ceux où aucun préjudice ne se produirait, j'arrive à la conclusion qu'il n'a pas été prouvé que ce contrat dépasse la mesure nécessaire pour la protection raisonnable des demandeurs » (1880, 14 Ch., 366).

contenu. A ce propos WILLISTON dit dans son ouvrage *The law of contrats* : « Les questions qui concernent la validité des contrats ne doivent pas dépendre de la forme. La police publique sûrement n'est pas intéressée à ce qu'on fasse une distinction entre deux conventions ayant un sens identique, mais formulées de deux manières différentes. Des clauses formulées en terme indivisibles et illimitées quant au temps ont été quelquefois jugées divisibles de la façon proposée » (1).

SECTION III

Action en exécution des clauses restrictives. Sa mise en œuvre.

Pour suivre la mise en œuvre de l'action en exécution de la clause restrictive, nous allons rechercher qui peut y être demandeur, défendeur, quels sont les actes qui constituent violation de la clause, et quel en est le mode d'exécution forcée.

(1) WILLISTON, *On Contracts*, l. c., § 1660.

Comme exemples de clauses jugées divisibles par la jurisprudence américaine, nous citons les cas *Oregon Steam Nav. Co c. Winst* (20 Wall. 64, 22 L. Ed. 315) ; *More c. Bonnet* (40 Cal. 251, 6 Am. Rep. 621) ; *Rogsdale c. Nagle* (106 Cal. 332, 39 Pac. 628).

Comme exemples de clauses jugées indivisibles par la même jurisprudence, nous citons les cas *Roberts c. Lemont* (73 Neb. 365, 102 N. W. 770) ; *Althen c. Vreeland* (N. J.) 36 Atl. 479 ; *Consumero and Co c. Nunnemaker* (142 Ind. 560, 41 N. E. 1048, 51 Am. St. Rep. 193).

Pour des clauses restrictives jugées divisibles, quoique formulées en termes indivisibles, voir les cas *Meyers c. Merillion* (118 Cal. 352, 50 Pac. 662) ; *Oregon Steam Navigation Co c. Winst* (20 Wall. 64, 22 L. Ed. 315) ; *Harris c. Theus* (149 Alc. 133 Am. St. Rep. 17) ; *Gregory c. Specher* (110 Cal. 150, 42 Pac. 576, 52 Am. St. Rep. 70) ; *Cropper c. Davis* (243 Fed. 310, 156 C. C. A. 90). Cf. *Ragdsdal c. Nagh*, 106 Cal. 332, 39 Pac. 628).

§ 1. — QUI PEUT ÊTRE DEMANDEUR.

C'est le stipulant ou ses ayants cause universels (ex : héritiers, exécuteurs, légataires, etc...) qui peuvent être demandeurs conformément aux principes généraux. Presque toujours, la clause restrictive est contractée en vue de protéger une entreprise (1). Si le stipulant cède cette entreprise, le cessionnaire (c'est-à-dire l'ayant cause à titre particulier) profite, en général, de la clause restrictive, qui est attachée à l'entreprise et transmissible avec elle. Il pourrait, par conséquent, se porter demandeur au même titre que le stipulant. Dans *Leatham c. Johnstone* (2) il a été établi, que dans le cas de vente d'une entreprise avec la clientèle l'avantage de la clause restrictive est transmis avec l'affaire même en l'absence d'une stipulation expresse : car la clause restric-

(1) La clause restrictive, en droit anglais, ne peut être maintenue qu'à titre accessoire pour protéger une relation contractuelle. Elle doit être insérée dans un contrat principal (a condition of a contract). Un « *covenant in gross* » est nul (*Townsend c. Jarman*, 1900, 2 Ch. 701 et 703 ; *Leatham c. Johnston*, 1907, 1 Ch. 326). Dans le cas *Stewart c. Stewart* (1899, 1 Fraser's Sessions Reports, 1188), Lord Trayner ne s'est pas conformé à cet avis. « Généralement, sans doute, disait-il, la clause restrictive se trouve insérée dans un contrat principal : contrat de louage de service, de société, de vente ; la rationalité de la clause est ainsi considérée à la lumière du contrat principal dont elle fait partie. Mais si les choses, en général, se passent ainsi, il ne s'en suit pas qu'elles se passent toujours de même. »

Quoiqu'il en soit, en pratique, presque toujours, la clause restrictive protège une relation contractuelle, et plus spécialement, une entreprise (cf. cependant les cas *Horwood c. Millar's Timber Trading Co*, 1917, 1 Q. B. 305 ; *Benny's trustee c. Benny*, 1919, 1 Q. B. 583).

(2) 1907, 1 Ch. 322, 327.

tive est contractée, non pas au profit du stipulant, mais au profit de l'entreprise (1).

Si la clause restrictive est généralement attachée à l'entreprise et passe avec elle au cessionnaire, il arrive quelquefois qu'elle prenne un caractère personnel et reste attachée au stipulant ; c'est lui seul qui pourra en profiter. Cela résulte de l'interprétation de la volonté des parties et des circonstances particulières de chaque espèce (2).

Mais la clause restrictive ne pourrait pas être cédée à titre principal sans l'entreprise. Si elle pourrait se séparer de celle-ci en ce sens qu'elle reste personnelle au stipulant, elle ne pourrait pas, par contre, s'en séparer en ce sens qu'elle passe à un autre que le propriétaire de l'entreprise. Dans ce dernier cas, le cessionnaire de la clause restrictive ne serait pas intéressé à l'entreprise, dont la protection est la raison d'être de la dite clause. Le même principe est applicable à ce qu'on

(1) Dans le cas *Jacoby c. Whitmore* (32 W. R. 48), Cotton a dit : « A mon avis, les clauses interdisant aux employés de s'occuper de certaines affaires sont des clauses essentiellement cessibles. » Dans le cas *Tournsend c. Jarman* (1900, 2 Ch. 698), il a été établi que la clause restrictive, qui interdit à un associé de s'occuper d'une affaire semblable à celle de la société pendant une certaine période, passe au cessionnaire avec la cession de l'entreprise.

Dans le même sens, voir aussi *Welstead c. Hadley* (21 T. L. R. 165) ; *Benwell c. Inns* (24 Beav. 307) ; *Baines c. Geary* (1887, 35 Ch. 754) ; *Davies c. Davies* (1887, 36 Ch. 359) ; *Showell c. Winkup* (60 L. T. 389) ; *Smith c. Hawthorne* (76 L. T. 716).

Le syndic (*receiver*) nommé par le tribunal peut demander l'exécution des clauses restrictives contractées par des personnes employées par lui (*Howard c. Banner*, 1901, 7 T. L. R. 548). Ces clauses restrictives passent activement à l'acheteur de l'entreprise après la liquidation.

(2) *Davies c. Davies* (1887, 36 Ch. 359) ; *Shorthorn Dairy Co c. Hall* (83 L. T. Newspaper, 45).

appelle en droit anglais le *covenant in gross*, c'est-à-dire une clause restrictive contractée à titre principal, envers une personne qui ne cherche pas à protéger une entreprise déterminée. Une telle clause est nulle, comme contraire à la police publique. Elle porte préjudice aux intérêts du promettant sans aucun profit pour le stipulant. Un *covenant in gross*, a dit Younger L. J. dans le cas *British Reinforced Concrete Engineering c. Schelff* (1), en restriction de la liberté de commerce est nul, quelle que soit la considération (1).

§ 2. — QUI PEUT ÊTRE DÉFENDEUR

Le promettant et son ayant cause universel. La clause restrictive est, par conséquent, transmissible activement et passivement. Quant à l'ayant cause à titre particulier, la question ne se pose pas ici ; car le promettant n'a pas une entreprise dont la cession entraîne celle de la clause restrictive.

Si la restriction ne peut être cédée passivement, elle pourrait toutefois cesser de produire ses effets par un changement de situation du promettant. Mais le changement doit être tel qu'il implique la substitution au contrat originaire d'un contrat nouveau. Si, par exemple, l'employé est devenu associé dans l'entreprise, le contrat de louage de service cesse d'exister, et la clause restrictive qui pourrait se trouver insérée dans ce contrat tombe également (2).

(1) (1920, 2 Ch. 1).

(2) *Hobson c. Cowley* (27 L. J. Exch. 207). Le changement de la situation doit être tel qu'on en puisse raisonnablement déduire l'abrogation de l'ancien contrat ; une simple augmentation des salaires, ou un changement dans le travail à faire, ne suffit pas pour

Le défendeur pourrait être un mineur. Ce cas se produit assez fréquemment dans les contrats d'apprentissage. La règle générale est que le mineur ne peut qu'améliorer sa situation par contrat. Or une clause restrictive est de nature à lui nuire. Il faut, donc, montrer beaucoup de prudence en appréciant la rationalité de la clause vis-à-vis du mineur. Souvent, le mineur ayant besoin de gagner sa vie et d'apprendre un métier, est victime de son besoin et de son ignorance. Mais il ne faut pas croire que la clause restrictive soit toujours nuisible à ses intérêts. Elle pourrait, quelquefois, lui être profitable, dans le cas où elle serait raisonnable, et où elle lui faciliterait l'obtention d'une situation (1). Ce qui importe c'est une certaine rigueur dans l'appréciation de la clause restrictive pour le protéger contre sa propre faiblesse. C'est ainsi qu'une considération suffisante doit compenser le sacrifice qu'il fait en s'imposant la restriction (2). C'est aussi au patron de prouver que la clause est raisonnable ; le mineur n'a pas à prouver quelle est déraisonnable pour s'en dégager (3). Mais le principe de la divisibilité s'applique ici comme dans

libérer l'employé de la clause restrictive (*Delins c. Muller*, 1901, 45 Sol. J. 737). Faut-il considérer la faillite du promettant comme entraînant un changement dans sa situation ? Dans le cas *Hardy c. Fothergill* (13 A. C. 355), il a été décidé que le stipulant ne pouvait pas figurer dans la faillite comme créancier de l'obligation éventuelle du promettant ; c'est donc que le promettant n'est pas libéré par sa faillite, puisque son engagement n'y est pas liquidé.

(1) *Bromley c. Smith* (1909, 2 K. B. 235) ; *Godd. c. Thompson* (1911, 1 K. B. 304) ; *Fellows c. Wood* (59 L. T. 513) ; *Evans c. Ware* (1892, 3 Ch. 502).

(2) *Hooper et Ashby c. Willis* (94 L. T. 624) ; *Leng c. Andrews* (1909, 1 Ch. 763).

(3) *Leng c. Andrews* (1909, 1 Ch. 763).

le cas du majeur (1) ; de plus, une clause accessoire nulle dans son application au mineur (2) n'entraîne pas nécessairement la nullité de la clause restrictive principale (3).

Le mineur peut-il ratifier, en atteignant sa majorité, une clause restrictive nulle contractée pendant la minorité ? *L'Infant's Relief Act* (4) n'autorise pas cette ratification. Mais il faut distinguer entre la ratification d'un contrat ancien et la conclusion d'un nouveau. Dans le cas *Brown c. Harper* (5) le juge Stirling a considéré qu'il y avait nouveau contrat dans le cas d'une employée qui avait continué ses services en acceptant un salaire plus élevé après avoir atteint sa majorité. Il n'a pas considéré la continuation des services par l'employée comme une ratification de l'ancien contrat, mais comme la conclusion d'un nouveau avec les mêmes termes que le premier, sauf l'augmentation du salaire. Cette décision est discutable. Elle aboutit à tourner *l'Infant's Relief Act* en permettant au mineur, devenu majeur, de sanctionner sous une autre forme un contrat qu'il ne peut pas ratifier..

§ 3. — ACTES QUI PEUVENT CONSTITUER VIOLATION DE LA CLAUSE RESTRICTIVE.

La clause restrictive consiste en une obligation de ne pas faire. Le promettant viole son engagement s'il commet un acte contraire à cette obligation. C'est dans

(1) *Bramley c. Smith* (1909, 2 K. B. 235).

(2) *De Francesco c. Barnum* (43 C. D. 165).

(3) *Morrison c. Fletcher* (1900, 17 T. L. R. 95).

(4) 1874, 37 et 38 Vict., c. 62.

(5) 68 L. T. 488.

chaque espèce concrète qu'il convient de rechercher si tel ou tel acte est une violation de la clause restrictive. Cependant il y a certaines clauses qui, par leur fréquence dans la pratique, nécessitent un examen particulier. Nous en donnons quelques exemples sans insister, la question étant d'une portée beaucoup plus pratique que doctrinale.

C'est ainsi qu'on trouve fréquemment une clause restrictive stipulant que le promettant ne doit pas être intéressé (*interested*) dans une entreprise déterminée. Dans ce cas, non seulement il ne doit pas devenir propriétaire de cet entreprise, mais il ne doit y avoir aucun intérêt pécuniaire. Ce serait une violation de l'engagement d'y être soit employé à un salaire fixe (1) soit actionnaire (2) ; mais il peut y être créancier ou même obligataire (*debenture holder*) (3).

On trouve aussi très souvent une clause restrictive qui interdit au promettant de faire « concurrence » au stipulant. Le mot « concurrence » désigne alors tout acte susceptible d'enlever à celui-ci une partie de sa clientèle, soit en la sollicitant, soit en répondant à sa demande. Dans le cas *Rogers c. Drury* (4) un médecin s'est engagé à ne pas entrer en concurrence avec l'acheteur de sa clinique. Il a voulu distinguer entre la concurrence active (l'acte de solliciter la clientèle) interdite par la clause, et la concurrence passive (répondre seulement à l'invitation des malades) qui ne serait pas interdite. Le tribunal a refusé de faire cette distinction ; il a jugé

(1) *Gophir Diamond Co c. Wood.* (1902, 1 Ch. 950) ; *Hill Co c. Hill* (55 L. T. 769).

(2) *Castelli c. Middleton* (17 T. L. R. 373).

(3) *William Cory c. Harrison* (1906, A. C. 274).

(4) 57 L. J. Ch. 504.

que la clause restrictive interdisait les deux sortes de concurrence.

Si tout acte contraire à l'obligation de ne pas faire est une violation de la clause restrictive, cela n'est vrai qu'à condition que le stipulant soit prêt, lui aussi, à exécuter l'obligation qui lui incombe. C'est que la clause restrictive, étant une clause accessoire, est toujours insérée dans un contrat synallagmatique qui met des obligations réciproques à la charge des deux parties. Si l'obligation mise à la charge du stipulant n'est pas exécutée par sa faute, le promettant se trouve libéré de la clause restrictive. Dans le cas *Billposting Co c. Alkinson* (1) le promettant était un employé qui avait été indûment congédié par son patron ; il a été décidé qu'il pouvait alors considérer le contrat de louage de service comme cessant d'exister ainsi que la clause restrictive (2).

Il arrive quelquefois que l'exécution de l'obligation mise à la charge du stipulant devient impossible par suite d'un cas de force majeure. Le promettant va-t-il être libéré de la clause restrictive dans ce cas comme dans le premier ? La jurisprudence anglaise a résolu la question dans le sens de l'affirmative, dans le cas *Measures c. Measures* (3). Le défendeur était directeur d'une compagnie qui avait fait faillite. Le syndic avait mis fin au contrat de louage de service de ce directeur avant l'expiration de sa durée. Mais, d'un autre côté, il exigeait qu'il respectât une clause restrictive lui interdisant d'entrer en concurrence avec la compagnie. Il a été jugé que le contrat de louage de service avait mis à la charge

(1) 1908, 1 Ch. 537 ; 1909, A. C. 118.

(2) La faute imputée au patron était moins évidente dans le cas de *Rigets c. Union Ham Co* (1918, 1 K. B.).

(3) 1910, 2 Ch. 248.

du directeur et de la compagnie respectivement deux obligations réciproques et interdépendantes. Si l'une d'elles venait à s'éteindre, même par suite d'une force majeure, l'autre devait disparaître simultanément (1).

La clause restrictive s'éteint, par conséquent, par l'inexécution de l'obligation mise à la charge du stipulant, même si cette inexécution est due à un cas de force majeure. Elle s'éteint également par la prescription et par la renonciation volontaire (2).

(1) Dans ce cas Cozen-Hardy a dit : « Les demandeurs n'ont pas donné, et ne pourront pas, dans l'avenir, donner au défendeur la considération de sa promesse. Le contrat a été rompu dans cette partie. Il n'est pas nécessaire pour que la rupture soit volontaire, qu'elle soit intentionnelle » (1910, 2 Ch. 254). De même, Kennedy a dit : « Si après avoir conclu un contrat avec un autre, je me trouve incapable à la suite de certaines circonstances d'exécuter ou de continuer l'exécution d'aucun contrat, le fait que l'inexécution est due à la malchance, et non pas à ma négligence ni à mon refus volontaire de m'exécuter, ne me protège point contre les conséquences légales de l'inexécution, à moins que je n'aie stipulé expressément ou implicitement dans mon contrat que je ne serai responsable de l'inexécution que lorsqu'elle résultera de ma négligence ou de ma faute intentionnelle » (1910, 2 Ch., 260-261). Par contre, Buckley s'est exprimé dans un sens contraire : « Les clauses 1 et 5, a-t-il dit, ne sont pas indépendantes. Elles sont divisibles... La faillite a été un acte « *in invitum* »... Il (c'est-à-dire le promettant) a cessé d'occuper sa situation ; l'interprétation exacte du contrat est que, s'il cesse d'occuper sa situation, soit en vertu de la clause 4, soit par un autre événement mentionné dans l'article 2, par la vacance de son poste ou pour une raison autre qu'un congé intempestif, qui mettrait en jeu la décision de *General Billposting Co c. Atkinson* (1909, A. C. 118), il reste néanmoins lié par la clause restrictive » (1910, 2 Ch., 255-257). Il est à noter qu'avant le cas *Measures c. Co Measures*, il a été jugé, dans le cas *Welstead c. Hadly* (1904, 21 T. L. R. 165), que la faillite de la compagnie ne libère pas le directeur de la clause restrictive, conformément à l'avis de Buckley que nous venons de citer.

(2) *Maythorne c. Palmer* (11 Jur. N. S. 230).

§ 4. — MODE D'EXÉCUTION FORCÉE DES CLAUSES
RESTRICTIVES.

Les tribunaux disposent de deux moyens pour faire exécuter un engagement : l'exécution spécifique (ou en nature) et le paiement d'une indemnité. Le premier est plus efficace, d'autant plus que les tribunaux anglais connaissent l'institution de *l'injonction* qui assure dans une large mesure cette efficacité. *L'injonction* est un ordre donné par le tribunal au défendeur d'exécuter son obligation, sous peine d'emprisonnement (1).

En principe, le stipulant peut choisir entre ces deux modes ; il peut même les obtenir cumulativement.

Cependant, il arrive, quelquefois, que l'exécution par le moyen de paiement d'une indemnité s'impose à lui. Cela se réalise dans deux cas : quand la nature de l'obligation ne se prête pas à l'exécution spécifique, et quand ce mode est désigné par le contrat lui-même.

La nature de l'obligation impose l'exécution par indemnité quand il s'agit d'actes personnels, devant être exécutés par le promettant, et non pas seulement d'une simple abstention. Cette hypothèse est très rare dans la pratique, car la grande majorité des clauses restric-

(1) Cf : le système des astreintes en droit français, qui se traduit en amendes et non pas en emprisonnement. Si le tribunal donne une « injonction » pour faire exécuter une clause restrictive, il doit employer les termes mêmes du contrat en émettant cet ordre. Dans le cas *Doherty c. Allman* (3 A. C. 720) il a été décidé que le tribunal devait dire sous forme d'injonction ce que les parties avaient déjà dit sous forme de convention. Cependant, on a admis quelquefois que le tribunal pourrait user d'un pouvoir discrétionnaire quant à la période dans laquelle l'injonction devrait être exécutée (*Cussen c. O'Connor* : 1893, 32 L. J. Ir 330).

tives se traduisent en des obligations négatives qu'il est possible de faire exécuter au moyen d'une injonction. Cependant il peut arriver qu'une personne s'engage à servir exclusivement une autre ; un tel engagement implique une restriction partielle, comme nous avons déjà vu. Pour en obtenir l'exécution spécifique il faudrait obliger le promettant à assurer des services personnels, ce qui est très difficile, sinon impossible, sans son consentement. Le stipulant doit donc se contenter d'une indemnité. Mais il faut remarquer que dans une pareille hypothèse deux obligations sont renfermées dans l'engagement ; obligation positive de servir le patron et obligation négative de ne pas servir un autre. C'est la première qui n'est pas susceptible d'exécution spécifique. Quant à la deuxième, qui est la véritable clause restrictive, on pourrait parfaitement la faire exécuter au moyen d'une injonction. Cependant la jurisprudence anglaise se refuse à ordonner ce mode d'exécution dans cette hypothèse, même en ce qui concerne l'obligation négative quand elle est simplement implicite, et non pas mentionnée expressément dans le contrat. Une obligation, simplement implicite est trop faible à ses yeux pour qu'on puisse la faire exécuter par un moyen aussi grave que celui de l'injonction (1).

(1) *Mutual Reserve Fund c. New-York Life* (1897, 75 L. T. 528) ; *Davis c. Foreman* (1894, 3 Ch. 654) ; *Kirchner & Co c. Gruben* (1909, 1 Ch. 413). Dans deux cas (*Webster c. Dillon* : 3 Jur. N. S. 432 ; *Montagu c. Flockton*, 16 Eq. 189) il n'y avait qu'une obligation implicite ; le tribunal a néanmoins accordé une injonction. La décision dans ces deux cas a été réformée par la Cour d'Appel. Dans le cas *Whitwood Chemical Co c. Hardman* (1891, 2 Ch. 416) il a été décidé par la Cour d'Appel qu'aucune injonction ne pouvait être accordée dans un cas de services personnels quand il n'y avait pas une obligation négative expresse ; KAY L. J. a dit : « Je ne connais pas, à l'égard

Le contrat lui-même peut désigner comme mode d'exécution forcée le paiement d'une indemnité. Le seul fait qu'il y a une indemnité liquidée à l'avance n'indique pas nécessairement que le stipulant ait renoncé à réclamer l'exécution en nature. Cette liquidation pourrait avoir pour but d'éviter toute difficulté dans l'appréciation éventuelle des dommages. Dans ce cas le droit du stipulant de choisir entre les deux modes d'exécution forcée reste intact. Il est alors tenu d'en choisir un (1).

tion des deux espèces de *Webster c. Dillon* et *Montagu c. Flockton*, un seul cas de louage de services où on ait recouru à cette procédure extraordinaire d'ordonner au moyen d'une injonction l'exécution spécifique partielle d'un contrat dont l'exécution spécifique complète ne pourrait pas être ordonnée par le tribunal ».

Par contre, quand l'obligation négative est mentionnée expressément, l'exécution au moyen d'une injonction peut être ordonnée : *Donnell c. Bennett* (22 C. D. 835) ; *Lumley c. Wagner* (1 De G. M. et G. 604). Dans ce dernier cas, lord St-Leonards a dit que, s'il n'y avait pas eu une obligation négative expresse, il n'aurait pas accordé l'injonction. Cette décision a été suivie dans le cas *Grimston c. Cunningham* (1894, 1 Q. B. 125). Mais il arrive quelquefois que l'obligation négative expresse soit trop large pour que son exécution soit imposée au moyen d'une injonction, quoi qu'elle puisse être exécutée au moyen d'une indemnité. *Ehrman c. Bartholomew* (1898, 1 Ch. 671). Quelquefois aussi une telle obligation est divisible, et une « injonction » est accordée pour la faire exécuter dans la mesure de la partie raisonnable : *Robinson c. Heuer* (1898, 2 Ch. 451) *Chapman c. Westerly* (1913, W. N. 277).

(1) *General Accid. c. Noel* (1902, 1 K. B. 377).

Quelquefois, une indemnité liquidée dans le contrat est, en réalité, une pénalité. Dans ce cas, le stipulant ne serait pas libre de choisir entre le paiement de la pénalité et l'exécution en nature. Le promettant pourrait, en payant la pénalité, se libérer de son engagement. Cependant si, de l'intention des parties, il ressortait que l'acte interdit par la clause restrictive ne doit pas être commis à n'importe quel prix, une « injonction » pourrait être accordée : *Fox c. Scard* (33 Beav. 327) ; *Howard c. Woodward* (34 L. J. Ch. 47) ; *Nat. Prov. Bank c. Marshall* (40 Ch. D. 112) ; *Hanbury c.*

Mais il arrive, quelquefois, que les parties, en liquidant d'avance une indemnité, entendent fixer le mode d'exécution, et choisissent par là la voie de l'indemnité. Dans ce cas le stipulant n'a pas le droit de réclamer une injonction. Il dépend des circonstances particulières de chaque espèce et de l'intention des parties de savoir si le stipulant, en fixant une indemnité, a voulu se priver de son droit d'option ou s'il a voulu simplement éviter toute difficulté dans l'évaluation de l'indemnité tout en se réservant le droit de réclamer l'exécution spécifique (1).

Cundry (58 L. T. 155). En tout cas, le stipulant ne peut pas réclamer cumulativement la pénalité et « l'injonction » : *Upton c. Henderson* (106 L. T. 839). (Voir aussi *SMITH'S Leading Cases*, p. 485). C'est l'intention des parties et les circonstances de chaque espèce qui permettent de savoir s'il s'agit d'une clause pénale ou d'une indemnité. La dénomination donnée par les parties n'est pas concluante ; elles peuvent appeler indemnité une pénalité, et inversement. (*Sainter c. Ferguson* : 7 C. B. 716) : Si la somme liquidée est payable chaque fois qu'il y a une violation de l'engagement, et suivant l'importance de cette violation, on peut présumer qu'il s'agit d'une pénalité (*Pye. c. British Automobile* : 1906, 1 K. B. 425) ; si, au contraire, elle est payable une fois pour toutes, dès qu'il y a une violation substantielle de l'engagement, on peut présumer qu'il s'agit d'une indemnité (*Reynolds c. Bridge* : 26 L. J. Q. B., p. 17).

(1) *Howard c. Woodward* (34 L. J. Ch. 47) ; *London et Yorkshire Bank c. Pritt* (56 L. J. Ch. 987) ; *National Provincial Bank c. Marshall* (40 C. D. 112).

TITRE III

TROISIÈME PHASE : DU CAS NORDENFELT AUX CAS MASON ET SAXELBY (1894-1915). — LE STANDARD DE LA « RATIONALITÉ ».

Si, dans le domaine des restrictions partielles, la jurisprudence était parvenue à assouplir les règles rigides et à faire triompher la liberté de contrat à la fin de la période précédente, ce mouvement n'avait pas encore pénétré le domaine des restrictions générales.

La présomption absolue contre la liberté de contrat subsistait dans toute sa rigueur, survivant à la destruction de la présomption relative, dans le domaine des restrictions partielles. Un abîme restait ouvert entre les deux catégories de restrictions.

La troisième phase fera disparaître cette distinction traditionnelle, trois fois séculaire, en faisant prédominer le *standard* de la rationalité dans tout le domaine des *restraints of trade*. Désormais il n'y aura plus de catégories artificielles ni d'énumérations arbitraires.

Les restrictions partielles, comme les restrictions générales, seront appréciées d'après le même *standard* de rationalité » qui va remplacer les règles surannées et s'adapter à la diversité et à la complexité des situations

créées par la révolution industrielle de la fin du XIX^e siècle.

A une théorie unique de la valeur et des effets des clauses restrictives se substitue toute une série de solutions souples, variant avec la nature du contrat, l'emploi occupé, l'industrie à laquelle la clause restrictive se réfère, la situation de l'affaire dans la dite industrie, etc. C'est cette formation d'une théorie analytique en Angleterre qui a adapté l'institution des *restraints of trade* aux diverses formes de l'industrie moderne. Ce travail de différenciation et d'adaptation n'est pas encore terminé. De nouvelles situations économiques surgiront certainement ; des catégories différentes se multiplieront avec la complexité croissante de la vie. Mais il y aura toujours le « *standard* de la rationalité » avec son cadre assez large pour contenir tous ces éléments divers et multiples.

Nous examinerons, en ce qui concerne cette phase, comment la jurisprudence anglaise est parvenue à détruire l'ancienne théorie et sa distinction traditionnelle entre les restrictions générales et les restrictions partielles, et à construire une théorie nouvelle dans laquelle le *standard* de rationalité est devenu la pierre de touche de toute la matière des *restraints of trade*. Nous constaterons ainsi que les deux mouvements parallèles, auxquels nous avons souvent fait allusion, arrivent avec la troisième phase à leur apogée en triomphant également dans le domaine des restrictions générales.

CHAPITRE PREMIER

Destruction de l'ancienne théorie.

C'est à propos du cas célèbre de *Nordenfelt* que la jurisprudence anglaise a eu l'occasion de se débarrasser définitivement de l'ancien système consacré par le cas *Mitchel c. Reynolds*. La Cour d'Appel et la Chambre des Lords y ont adopté le *standard* de rationalité comme seul applicable en matière de *restraints of trade*.

A vrai dire, ce n'était pas la première fois que ce *standard* avait été appliqué même en cas de restriction générale. Il y avait déjà eu des cas précurseurs, dans lesquels des juges hardis l'avaient adopté sans se soucier de l'ancien système, alors en honneur. Ce qui fait la particularité, en même temps que le mérite, du cas *Nordenfelt*, c'est qu'il a donné, pour la première fois, l'occasion à la plus haute cour de l'Empire Britannique, la Chambre des Lords, de consacrer comme définitive une jurisprudence déjà ébauchée dans quelques arrêts antérieurs.

D'ailleurs, ce n'est pas dans le cas *Nordenfelt* que la jurisprudence anglaise a dégagé le *standard* de la « rationalité ». Il existait déjà, comme nous l'avons vu, dans le domaine des restrictions partielles. Dans le cas *Nordenfelt* on l'a simplement étendu au domaine des

restrictions générales. Mais cette extension valait destruction de la classification fondamentale qui était la pierre d'assise de tout le système.

Voici d'abord, un résumé des faits dans ce cas célèbre (1).

Le défendeur *Thorsten Nordenfelt*, un ingénieur civil, qui, entre autres commerces, exerçait à Londres, Stockholm et Dublin, l'industrie de manufacturier des cantons à tir rapide, de prolonges et de caissons d'artillerie, de munitions et diverses autres sortes d'explosifs, était propriétaire de brevets d'inventions relatifs aux diverses sortes d'affaires alors exploitées par lui. En mars 1898, une compagnie appelée *Nordenfelt Gun and Ammunition Co Ltd*, ayant pour but principal d'acquérir et d'exploiter l'une des affaires du défendeur, à savoir la manufacture des canons et des munitions, fut constituée. Le 6 mars 1886, le défendeur vendit à cette compagnie ses procédés et brevets, ainsi que son outillage et son matériel de fabrication. Il stipula pour prix la somme de £ 287.500 qui lui fut payée, partie en espèces et partie en actions. Il s'engagea à ne faire à la compagnie, dont il devait être l'administrateur gérant, aucune concurrence pendant sa durée. Le 5 août 1888, la compagnie fusionna, sur l'initiative même du défendeur, avec la Compagnie Maxim qui exploitait une industrie similaire, pour former une compagnie nouvelle, la *Maxim-Nordenfelt Guns and Ammunition Co*. Cette compagnie avait pour objet principal d'exploiter les affaires menées auparavant par les deux compagnies fusionnées, dans l'ensemble du Royaume-Uni et partout ailleurs. Les clients principaux de cette compagnie étaient des gouverne-

(1) 1893, 1 Ch. 630 ; 1894, A. C. 535.

ments. Par contrat, en date du 12 septembre 1888, le défendeur devint l'un des administrateurs délégués de la compagnie plaignante pour une période de 7 ans. Il s'obligeait pour une période de 25 ans à partir de la date de la constitution de la compagnie (il avait à ce moment là 46 ans), si la compagnie continuait pendant ce temps à conduire ses affaires, à ne pas s'engager, sauf pour le compte de cette compagnie, directement ou indirectement, dans le commerce ou affaire de manufacturier de canons... ou dans toute autre affaire en concurrence avec la compagnie plaignante.

Le défendeur avait agi comme un des directeurs délégués depuis la date du contrat jusqu'au mois de janvier 1890. A cette date il fit faillite ; sur quoi il cessa d'être administrateur délégué.

Le 16 septembre 1890, il entra au service d'une société belge, qui menait une affaire de canons en concurrence avec la compagnie plaignante. C'est alors que cette dernière intenta une action contre lui, pour réclamer une injonction lui interdisant de violer son engagement du 12 septembre 1888, et pour le faire condamner à des dommages-intérêts.

Nordenfelt alléguait que la restriction contenue dans le contrat du 12 septembre 1888 était illégale, comme constituant une restriction générale.

Le 8 août 1892, le Juge de la division de Chancellerie, Romer décida que la clause restrictive était nulle (1).

(1) Voici quelques passages du jugement de Romer J. (1893, 1 Ch., p. 636) :« En vertu de la clause 2 de l'accord, le défendeur peut se trouver empêché, pendant 25 ans, de se livrer, à aucun moment, à l'une des affaires auxquelles je viens de faire allusion. Mais il est suggéré que la clause 2 de l'accord est divisible, et qu'elle consiste en deux clauses distinctes, l'une relative au commerce de fabri-

La compagnie plaignante fit appel de cette décision. La Cour d'Appel renversa le jugement de Romer, et décida que la clause restrictive était valable. Sur l'appel du défendeur, la Chambre des Lords confirma la décision de la Cour d'Appel.

Les deux cours ont été d'accord pour renverser l'ancien système et pour étendre le *standard* de rationalité à l'ensemble de la matière des *restraints of trade*. Mais elles n'ont pas été d'accord sur le moyen de se débarrasser de cet ancien système. L'esprit qui a dominé la Cour d'Appel était sensiblement différent de celui qui a dominé la Chambre des Lords. La première, se trouvant devant un système solidement assis et d'une autorité jusque là incontestée, si l'on fait abstraction de quelques décisions hardies de cours d'équité (1), a

cant de canons et poudres à canons, et l'autre relative aux autres affaires, et que, même si la dernière de ces clauses est mauvaise, la première est bonne. Cependant, en supposant que la clause soit divisible en ce qui concerne les affaires auxquelles le défendeur est empêché de se livrer, et en ne nous occupant que de la première partie de la clause en elle-même, et en laissant de côté, dans ce but, la partie subséquente qui concerne toute affaire présentement menée par la Compagnie, je persiste à considérer que la période de 25 ans, sans aucune limitation quant à l'espace, dépasse ce qui est raisonnablement nécessaire pour la protection de la compagnie, et que la clause, étant d'une façon injustifiable en restriction de la liberté de commerce, est nulle en ce qui concerne le défendeur. »

(1) Ces cas précurseurs que nous examinerons plus loin, n'avaient point ébranlé l'autorité de l'ancien système qui a trouvé un dernier écho dans le cas célèbre de *Davies c. Davies* (1887, Ch. 36). Dans ce cas, il a été nettement affirmé par COTTON L. J. que l'ancien système subsistait et que la restriction générale était nécessairement nulle ; renversant ainsi le jugement de Kekewich J. (Dans la Cour d'appel, Fry L. J. s'était, au contraire, conformé à l'avis qu'il avait déjà exprimé dans le cas de *Rousillon c. Rousillon* que le « *standard* » de la rationalité est applicable même en cas de restrictions

cherché à s'y dérober par des moyens indirects, à raison de la nature limitée de son pouvoir juridictionnel. Comme elle ne pouvait pas franchement abroger la jurisprudence ancienne, elle a travaillé à la tourner. Les trois magistrats de cette juridiction ont été unanimes à affirmer que l'ancien système subsistait; mais, sous prétexte

générales). Cotton L. J. avait examiné dans son jugement, quelques décisions qui paraissaient appliquer le *standard* de la rationalité au cas de restriction générale; il estimait que deux d'entre elles avaient été prononcées dans des cas où la restriction était partielle, ou, tout au moins était considérée comme telle: *Whittaker c. Howe* (3 Beav. 383) et *Rousillon c. Rousillon* (1880, 14 Ch.), et la troisième dans un cas où il ne s'agissait point de restriction à la liberté de travail, mais de cession de secrets de commerce, *Leather Cloth Co c. Lorsche* (1869, 9 Eq., p. 345). Il concluait que ces décisions n'avaient pas, par conséquent, modifié l'ancien système «.....Et, à mon avis, ajoutait-il, cette ancienne règle, en dépit de l'opinion de Kekewich J. concernant le changement qui s'est produit dans le pays, doit être encore reconnue et considérée par nous comme établissant la loi, et comme une règle de laquelle nous ne devons pas nous départir. S'il y a une autorité qui puisse le faire, ce n'est pas cette Cour, mais c'est la Chambre des Lords » (1887, 36 Ch. D. 359).

Dans le même cas, Bowen avait affirmé, comme il fera dans le cas *Nordenfjelt*, que l'ancien système subsistait. Cependant, il avait suggéré que sur la règle que toute restriction générale est nulle pourraient être greffées deux exceptions; mais il ne s'était pas prononcé d'une façon définitive sur l'admission de ces exceptions, comme il fera plus tard dans le cas *Nordenfjelt*. Voici comment il s'exprimait: « Le principe de la « *Common law* » est que les clauses en restriction de la liberté du travail, qui sont absolument illimitées, soit quant au lieu, soit quant au temps, sont nulles... Il me paraît que s'il y a un changement à faire dans le principe de la « *Common law* » auquel j'ai fait allusion, et qui est demeuré inattaqué pendant des siècles, ce changement doit plutôt provenir de la Chambre des Lords que de notre Cour. Mais si une exception doit être greffée sur la règle, ou si la règle doit être modifiée, en tenant compte des nécessités de la société moderne, — sujet à propos duquel je n'exprime pour le moment aucune opinion, — cela ne pourrait se réaliser que si le cas en présence se trouvait rangé sous un de ces deux chefs: ou bien si

de lui donner une interprétation exacte, ils l'ont complètement renversé.

La Chambre des Lords a tenu un langage plus hardi et mieux approprié à sa situation hiérarchique de plus haute juridiction de l'Empire Britannique. Quelques magistrats de la Cour Suprême n'ont pas même reculé devant la hardiesse d'affirmer nettement et simplement que le temps était venu de changer un système qui n'était plus en harmonie avec l'état nouveau de civilisation.

Nous examinerons successivement les procédés employés par les deux cours pour détruire l'ancien système, en commençant par les plus timides, et quelquefois les plus ingénieux — pour finir par les plus francs et les plus tranchants.

On peut distinguer six procédés, différenciés par des nuances plus ou moins accentuées. Les trois premiers ont été pratiqués par la Cour d'Appel. Mais, toutefois, l'un d'entre eux, le troisième, a été aussi utilisé par un magistrat de la Chambre des Lords, Lord Macnaghten dont l'autorité a exercé la plus grande influence sur le développement ultérieur de la théorie des *restraints of trade* ».

la clause, dans sa forme illimitée, était profitable au public, auquel cas on pourrait dire que cela fait disparaître le motif pour maintenir l'ancienne règle, qui était basée sur la police publique du Royaume-Uni, ou bien, en deuxième lieu, si cette clause était raisonnablement nécessaire pour la protection du stipulant » (1887, 36 Ch. D., 389, 391).

SECTION I. — PREMIER PROCÉDÉ (Smith L. J.)

L'ancien système subsiste, mais il faut bien le comprendre : une restriction générale est une restriction dont la généralité est absolue.

Le Lord Juge Smith, dans la Cour d'Appel, a recouru à un procédé trop simpliste pour enlever tout intérêt à la question, alors brûlante, de savoir si l'ancien système, selon lequel toute restriction générale était nécessairement nulle, subsistait. D'après lui, la restriction générale, qui est fatalement illégale, est la restriction qui ne souffre aucune limitation, même apparente. « Mais je dois dire, faisait-il remarquer (1), que j'incline vers l'opinion qu'un engagement contracté par une personne de ne jamais retourner au commerce où que ce soit, dans quoi que ce soit, avec qui que ce soit, est nul *ipso facto* comme étant contraire à la police publique, et qu'il est trop tard pour discuter la loi en ce qui concerne cette question, même si on le voulait ».

Cette définition trop étroite de la restriction générale est une des nombreuses définitions erronées que nous avons déjà refutées. En disant que la restriction générale est une restriction dont la généralité est absolue, et en affirmant qu'une telle restriction est nécessairement nulle, on ne faisait que répéter une vérité de toute évidence, une vérité qui restait, en quelque sorte, au-dessus de la bataille qui devait s'engager entre l'ancien et le nouveau système. L'illégalité d'une pareille clause provient autant de son irrationalité que de sa généralité ; cette illé-

[(1) 1893, 1 Ch. 669.

galité reste, par conséquent, la même, que l'on adopte l'ancien ou le nouveau système.

Ce qui fait le défaut essentiel du procédé de Smith, c'est qu'il dénature l'ancien système, en lui donnant une fausse interprétation, qui ferait ranger dans la catégorie des restrictions partielles la plus grande partie, sinon la totalité, des restrictions générales qui se rencontrent dans la pratique, puisque, selon sa définition, toute limitation, même apparente, enlèverait à la restriction son caractère général. C'est par ce moyen qu'il a abouti à traiter la clause restrictive du cas *Nordenfelt* (1) comme une clause partielle, et a pu se considérer comme autorisé, par conséquent, à examiner si elle était raisonnable ou non. Le fond réel de toutes les controverses soulevées par le cas *Nordenfelt* est ceci : on a senti depuis longtemps que la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles est purement artificielle, et qu'il y a des restrictions générales raisonnables qui doivent être maintenues ; il s'agit donc de détruire cette distinction traditionnelle. Smith, tout en ayant l'air de la maintenir, cherche en fait à l'anéantir, mais par un expédient vraiment trop naïf. Au lieu d'effacer franchement la ligne qui sépare les deux catégories de restrictions, il se contente d'enlever tout ce qu'il y a dans le cadre des restrictions générales, et de l'ajouter à celui des restrictions partielles, laissant toujours tracée la ligne de démarcation entre les deux cadres, sans s'apercevoir que cette ligne n'a plus aucun intérêt, puisque le cadre des res-

(1) Il est à remarquer que cette clause, d'après la définition que nous avons déjà donnée de la restriction générale, est une clause générale, en dépit de deux limitations apparentes : l'une quant à l'objet, et l'autre quant au temps.

trictions générales est devenu presque complètement vide.

Il lui était, sans doute, facile d'arriver par cette voie à valider toute restriction générale raisonnable. Car il trouverait toujours, en cherchant bien, quelque limitation apparente qui lui permettrait de considérer la restriction comme partielle, et par conséquent légitime, puisque raisonnable par hypothèse. Mais il n'arrive à ce résultat qu'en dénaturant la règle ancienne dont il s'agissait de se débarrasser pratiquement et en lui prêtant une tout autre portée que sa portée réelle.

SECTION II. — DEUXIÈME PROCÉDÉ (Bowen L. J.)

L'ancien système subsiste, mais il admet des exceptions ; il en existait déjà deux ; il s'agit maintenant d'en ajouter une troisième.

Déjà dans le cas *Davies c. Davies* le Lord Juge Bowen avait affirmé que l'ancien système subsistait, mais qu'il comportait certaines exceptions. Il reprend la même thèse dans le cas *Nordenfellt* ; il la développe en ajoutant une troisième exception aux deux qui existaient déjà.

Il commence par tracer un remarquable résumé de l'histoire de la doctrine des *restraints of trade*, et clôture cette revue rétrospective des autorités en affirmant que le système ancien de la jurisprudence reste en vigueur. « Le résultat, dit-il, me paraît être le suivant : les restrictions générales, ou en d'autres termes, les restrictions absolument limitées quant au lieu, ne sont pas, en règle

générale, permises par la loi, bien que cette règle admette des exceptions. Les restrictions partielles ou, en d'autres termes, les restrictions qui contiennent seulement une limitation quant au lieu, ou quant aux personnes avec lesquelles, ou quant au mode suivant lequel le commerce doit être exercé, sont valables quand elles sont contractées en vue d'une bonne considération et quand elles ne dépassent pas la mesure nécessaire pour la protection raisonnable du stipulant » (1).

La règle que toute restriction générale est nécessairement nulle subsiste par conséquent. Bowen ajoute que cette règle est basée sur de hautes considérations de politique sociale ; elle n'est pas une règle artificielle ; elle fait partie de la police publique.

Elle doit être, par conséquent, révisée de temps en temps pour rester toujours en harmonie avec l'esprit qui la pénètre et avec la raison d'être qui se trouve à sa base. Elle peut comporter des exceptions qui seraient en réalité l'application même de la règle, non pas l'application littérale, mais l'application conforme à son véritable esprit. « Les exceptions aux règles, qui ne sont pas artificielles, dit-il, mais basées sur la raison et sur la police publique, sont elles-mêmes des exemples où l'application littérale d'une règle serait la violation de son véritable

(1) Dans un autre endroit, Bowen affirme une fois de plus l'existence de la distinction traditionnelle : « Il est nécessaire, dit-il, d'insister sur cette distinction, qui est affirmée dans les *reports* » et les « livres » des trois derniers siècles ; car c'est en ne précisant pas le sens exact de l'expression « en restriction générale à la liberté de commerce » qu'on a parfois fait naître en apparence quelque confusion. La « *Common Law* » est, sur ce point, aussi précise que possible. Les contrats illimités quant au lieu, bien que limités quant au temps, sont, en règle générale, considérés comme mauvais pour des motifs de police publique » (1893, 1 Ch. 662.)

sens, et où la raison d'être sur laquelle la règle est basée milite en faveur de l'exception » (1).

Bowen L. J. énumère ensuite deux exceptions déjà admises à cette règle. La première est en faveur des restrictions qui accompagnent la cession de secrets de commerce ; on ne peut pas craindre de ces restrictions la création d'un régime de monopole ; ce régime existe déjà. D'ailleurs le public ne souffre aucunement de la substitution d'une personne à une autre dans l'appropriation de secrets destinés, par leur nature même, à rester dans la possession d'une seule personne. La deuxième est en faveur des restrictions partielles.

(1) 1893, 1, Ch. p. 665. Il est intéressant de remarquer que Fry J. dans le cas *Rousillon c. Rousillon* a, contrairement à Bowen L. J. dans le cas *Nordenfjelt*, qualifié la règle d'artificielle : « La règle s'impose à moi, dit-il, comme une règle artificielle, absolue, ou comme elle a été appelée par feu le vice-chancelier Wickens, une règle rigide (*hard-and-fast rule*) » (1880, 14 Ch. 367). La classification des règles en règles de police publique et règles artificielles a été reprise par lord Watson dans la Chambre des Lords. Bowen L. J. lui-même a recouru à cette classification à plusieurs reprises : « En ce qui concerne l'argument, disait-il, que la règle, si elle existait, serait une règle artificielle, et, par conséquent, n'aurait pas admis d'exceptions, j'estime que le jugement des juges et de la Chambre des Lords dans le cas *Egerton c. Earl Brownlow*, illustrent la distinction entre une règle fixe de droit coutumier et une règle basée sur la raison et sur la police publique. La dernière peut admettre des exceptions, bien que la première n'en admette pas » (1893, 1 Ch. 661-662). Dans une autre place il dit : « Les règles qui reposent sur le fondement de la police publique, n'étant pas des règles qui appartiennent à la loi fixe ou coutumière, sont susceptibles, dans des occasions opportunes, d'expansion ou de modification. Les circonstances peuvent changer et rendre expédiente une pratique commerciale qui était auparavant préjudiciable au commerce. Mais, c'est une chose que dire qu'une occasion s'est présentée dans laquelle adhérer à la lettre de la règle ce serait négliger son esprit, et autre chose que nier que la règle existe encore » (1893, 1 Ch. 661).

L'exception est ici plus apparente que réelle. Nous avons déjà vu que la validité des restrictions partielles est plutôt une règle qui se place au même rang que celle de la nullité des restrictions générales, et non pas une simple exception (1).

Après avoir signalé ces deux exceptions, Bowen s'efforce de démontrer que la règle est encore susceptible d'une troisième exigée celle-ci par les transformations profondes qui se sont produites dans le milieu économique et social depuis le cas *Mitchel c. Reynolds* (2).

(1) Voici dans quels termes Bowen L. J. a formulé ces deux exceptions : « Un exemple d'une exception à la règle qui décourage les restrictions générales au commerce, dit-il, est admis exister en ce qui concerne la cession des secrets de commerce; La règle plus relâchée en ce qui concerne les restrictions partielles est elle-même, par conséquent, une exception dont la définition s'est encore relâchée de temps en temps selon les nécessités de la société. La loi en ce qui concerne les secrets de commerce, comme la loi des restrictions partielles, est une exception aussi. Avant que le fabricant ou le commerçant vende ses secrets de commerce, il en est le seul possesseur. Pour les vendre avec bénéfice, il doit nécessairement être en état de s'engager à ne pas retenir le droit de s'en servir ou de les communiquer à d'autres. L'engagement de ne pas détruire la valeur de ce qu'il livre lui-même ne cause, en pareil cas, aucune diminution dans la fourniture des marchandises au public ; il tend, au contraire, dans neuf cas sur dix, à la stimuler. Il n'y a aucune tendance, dans une transaction pareille, à créer un monopole ; car le monopole existait déjà par hypothèse. Le commerce ne saurait souffrir de la substitution d'un possesseur des secrets à un autre » (1893, 1 Ch. 665-666).

(2) « Quand nous passons, dit-il, des usages domestiques (*homely*) d'où est sortie la doctrine de *Mitchel c. Reynolds*, au commerce centralisé par quelques grandes entreprises qui fournissent le matériel de guerre aux gouvernements du monde, il semble qu'on passe dans une atmosphère différente de celle de *Mitchel c. Reynolds*. Appliquer à des transactions comme la présente la règle inventée il y a des siècles afin de décourager l'oppression des commerçants anglais et d'empêcher les monopoles dans ce pays, il semble que c'est faire jouer

Cette nouvelle exception doit être admise dans les cas de cession de fonds de commerce, où la protection de l'acheteur, — à raison de l'extension universelle du commerce en cause — exige qu'on impose au vendeur une restriction, générale, non préjudiciable d'ailleurs aux intérêts du public. Tel était précisément le cas de *Norfendelt* et c'est ainsi que Bowen a pu considérer la clause restrictive, en jeu dans l'espèce, comme valable, malgré son caractère général. Voici en quels termes il a formulé cette exception nouvelle : « La règle quant aux restrictions générales au commerce, a-t-il dit, ne doit pas dans mon jugement, s'appliquer quant un commerçant ou un fabricant trouve nécessaire, pour la cession avantageuse de l'achalandage d'une affaire à laquelle il est si intéressé, et pour la protection adéquate de ceux qui achètent cet achalandage, de s'engager à se retirer complètement du commerce dont il dispose, pourvu toujours que le contrat soit de ceux dont la tendance n'est pas préjudiciable au public » (1).

La justification de cette nouvelle exception est facile à trouver dans les termes mêmes de Bowen que nous venons de citer. En pareil cas la stipulation d'une clause restrictive générale est utile pour le stipulant, qui trouve en elle le moyen d'obtenir « la cession avantageuse de la clientèle d'une affaire à laquelle il est si intéressé ». Elle est nécessaire également « pour la protection adéquate » du promettant, puisque l'entreprise a un caractère

un instrument démodé. En réalité, dans toutes les industries, un grand changement s'est produit en Angleterre. Les chemins de fer, les bateaux à vapeur, les communications postales, les télégraphes et la publicité ont centralisé les affaires et ont changé entièrement l'aspect des restrictions locales au commerce » (1893, 1 Ch. 664-665).

(1) 1893, 1 Ch. 667-668.

universel, et exige pour sa sauvegarde une restriction générale ; enfin elle est d'une tendance qui, par hypothèse « n'est pas préjudiciable au public ». Semblable hypothèse, ne se serait pas réalisée au temps où la règle relative à la nullité des restrictions générales a été établie ; à ce moment là l'entreprise de caractère universel, qui aurait exigé pour sa protection une clause générale, n'existait pas. C'est le changement dans les conditions du commerce et de l'industrie qui justifie, donc, l'admission de la nouvelle exception (1). Bowen a pris soin d'affirmer, à plusieurs reprises, qu'il ne s'agit ici que d'une simple exception, et que l'ancien système subsiste ; l'existence même de l'exception est la confirmation de la règle : « Les règles anciennes néanmoins, dit-il, existent encore ; il est désirable qu'il soit entendu qu'elles restent en vigueur ; mais il est évidemment nécessaire de prendre grand soin de ne pas les forcer en les appliquant à des transactions qui, en observant le sens de la règle, doivent être, en réalité, des exceptions » (2).

(1) Bowen a trouvé une autre justification de la nouvelle exception dans la ressemblance qui existe entre elle et la première : l'exception relative à la cession de secrets de commerce. Voici ce qu'il dit à ce propos : « L'analogie entre la vente d'un secret de commerce et la vente ou le transfert de la clientèle d'une affaire comme celle de M. Nordenfelt, n'est pas, évidemment, exacte ; mais il y a une forte ressemblance entre les deux cas. M. Nordenfelt a aidé à la création de la compagnie plaignante pour recueillir ce qui avait été, en réalité, sa propre affaire. Elle n'aurait jamais pu être appelée à l'existence comme une entreprise substantielle, s'il n'avait été disposé à se retirer, en faveur de la compagnie, de l'ensemble du champ de concurrence. Il a obtenu une ample considération pour ce qu'il donnait. Mais il a aussi retenu le droit (cela ne doit pas être oublié) de continuer encore le commerce dans une partie substantielle de son ancienne manufacture..... » (1893, 1 Ch. 665).

(2) 1893, 1 Ch. 665.

On peut formuler l'exception nouvelle dans les termes suivants : Par exception à la règle de la nullité des restrictions générales la clause restrictive générale est valable quand elle est raisonnable à l'égard des parties et à l'égard du public. Dire qu'il s'agit ici d'une simple exception cela ne change en rien la réalité. Bowen dissimule mal, sous la forme d'une exception, un changement radical, un renversement complet de la règle ancienne. Celle-ci affirme que toute restriction générale est *fatalement* (et c'est là que se trouve le point essentiel) nulle. Il a voulu y greffer des exceptions. Il les a trouvées, en quelque sorte, dans l'air. La première, celle qu'il applique aux secrets du commerce, nous fait en réalité sortir du domaine des *restraints of trade*. Elle n'est que la constatation des limites naturelles de ce domaine. La deuxième, la prétendue exception en faveur des restrictions partielles, n'est pas une véritable exception à la règle qui concerne les restrictions générales ; c'est une doctrine tout-à-fait indépendante (1). Ayant ainsi créé une atmosphère d'exceptions, Bowen a préparé le terrain pour une nouvelle.

Seulement, il ne s'est pas aperçu que cette dernière absorbe la règle entière. Ce qui fait l'originalité de la règle, c'est qu'elle nie toute validité à la restriction générale, même si cette restriction est raisonnable. La règle, en tant qu'elle fonctionne dans le domaine des restrictions déraisonnables, est inutile ; celles-ci sont illégales, même quand elles sont partielles ; à plus forte raison, quand elles sont générales. Elle n'est utile que lorsqu'elle fonctionne dans le domaine des restrictions raisonnables ; celles-ci sont illégales, en dépit de leur

(1) Cf. POLLOCK, *Principles of Contracts*, p. 339, 340 (1).

rationalité. C'est là que se trouve l'intérêt de la règle. Or, en y greffant la nouvelle exception de Bowen, on aboutit à un contre-sens, à une absurdité. On ferait échapper à son fonctionnement les seules restrictions pour lesquelles elle doit fonctionner. L'exception est, par conséquent, la négation formelle de la règle.

Ce procédé n'est pas plus légitime que le premier. Celui-ci a vidé presque entièrement le cadre des restrictions générales, tout en ayant l'air de le laisser intact. Celui-là y a introduit une exception qui l'absorbe complètement.

SECTION III. — TROISIÈME PROCÉDÉ (Lindley L. J).

La règle ancienne n'est qu'une simple application d'un principe supérieur : le principe de Rationalité.

Lindley a commencé par affirmer que la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles a été fermement établie dans le cas *Mitchel c. Reynolds* (1). Mais il ne s'est pas arrêté à une affirmation

(1) « Une ligne nette, a-t-il dit, est tracée entre les restrictions générales, qui interdisent de conduire un commerce particulier en quelque lieu que ce soit de l'Angleterre, et les restrictions partielles, qui ne sont pas si étendues. Les premières sont condamnées, parce qu'elles ne peuvent être d'aucune utilité au stipulant et qu'elles doivent être au détriment du public anglais. Les secondes sont permises, pourvu qu'elles soient fondées sur une considération suffisante ou « considération bonne et adéquate », et qu'elles ne soient pas indûment oppressives — c'est-à-dire pas plus étendues que ce qui est raisonnablement nécessaire pour la protection du stipulant. C'est ainsi que j'entends que la loi a été établie dans *Mitchel c. Reynolds*... » (1893, 1 Ch. 647).

simple de la distinction. Il a voulu en scruter la raison d'être et le fondement. Il a trouvé que la doctrine des *restraints of trade* est basée sur une notion fondamentale ; celle de la police publique, qui exige d'une part la liberté du contrat et d'autre part la liberté du travail (1). Il s'agissait de concilier ces deux principes contradictoires. Au début, on était intransigeant, on n'admettait aucune conciliation, et on sacrifiait complètement la liberté du contrat. Puis, dans le cas *Mitchel c. Reynolds*, on est arrivé à une certaine conciliation entre ces deux principes en admettant, dans certains cas, la validité des restrictions partielles (2). L'œuvre de conciliation a continué en suivant le développement de la vie économique et les principes rationels (3). On a admis la validité des restrictions partielles, quand elles sont raisonnables, et on a condamné à la nullité les restrictions générales qui étaient, toutes déraisonnables à cette époque. Il ne faut

(1) Cf. James V. C. dans le cas *Leather Cloth Co c. Lorsche* (1869, 9 Eq. 345).

(2) « C'est ainsi que j'entends que la loi a été établie dans *Mitchel c. Reynolds*, continue-t-il, cas dans lequel une tentative a été faite pour montrer comment deux principes en conflit peuvent être harmonisés. D'une part, il était contraire à la police publique de permettre qu'un commerce particulier soit monopolisé et d'empêcher un homme de gagner sa vie par tous les moyens qui lui sont possibles. D'autre part, il était également contraire à la police publique d'interdire à une personne de vendre ses services ou son affaire à son meilleur avantage ; et le prix qu'elle pourra en obtenir dépendra naturellement de la question de savoir si elle a ou si elle n'a pas la liberté d'entrer en concurrence avec l'acheteur » (1893, 1 Ch. 647).

(3) « Il est curieux d'observer, ajoute-t-il, comment la loi sur ce sujet s'était graduellement relâchée pour s'accommoder aux développements du commerce, et comment elle a été mise en conformité avec les idées modernes et les vues de police publique et de rationalité » (1893, 1 Ch. 647).

donc pas exagérer la portée de cette règle. Elle n'est qu'une simple application d'un principe supérieur : le principe de rationalité. Cette application n'est pas même absolue. Elle était exacte à un moment donné ; elle cesse de l'être à présent.

Avec le changement des conditions économiques, des hypothèses peuvent se réaliser où des clauses restrictives générales sont parfaitement raisonnables. De telles clauses doivent être considérées comme valables, conformément au principe même qui domine toute la matière. La clause restrictive dans le cas *Nordenfellt* est précisément de cette sorte ; elle doit être, par conséquent, jugée légale. C'est la rationalité qui doit rester le seul critérium de validité des clauses restrictives. « Adhérer dans tous les cas, dit Lindley, à la règle ancienne qu'une clause *in restraint of trade* doit être nulle si elle s'étend à toute l'Angleterre, c'est aboutir, le plus souvent, à sacrifier le principe qui est la base de la règle à la règle elle-même (1) ».

(1) 1893, 1 Ch. 648. Lindley, pour appuyer sa thèse, retrace l'histoire de cette doctrine et, à côté des cas où la distinction traditionnelle a été appliquée, en signale d'autres où elle a été abandonnée pour l'application du principe de rationalité, qui est à sa base. « Par conséquent, dit-il, si, d'une part, le principe dont dépend la division ancienne des restrictions en restrictions générales et restrictions partielles ne doit pas être perdu de vue, et s'il a été constamment appliqué dans plusieurs cas récents, il y a, d'autre part, plusieurs cas dans lesquels des clause « *in restraint of trade* » ont été considérées comme valables, bien que la restriction s'étendit à toute l'Angleterre. Néanmoins, quand on examine ces cas, on les trouve en conformité avec le principe qui est à la base du raisonnement du jugement de *Mitchel c. Reynolds* ; car, dans ces cas, la restriction n'était pas plus grande que ce que requérait la protection du stipulant, et la clause, envisagée dans sa relation avec l'affaire à laquelle elle se référait, ne pouvait pas être considérée comme préjudiciable aux intérêts du public. Les cas auxquels je me réfère tout particulière-

Lindley admet donc l'ancienne distinction, non pas comme une règle immuable, mais comme une simple application d'un principe supérieur, application qui est, d'ailleurs, devenue inexacte, et qui doit, par conséquent, être abandonnée.

Nous donnerons notre appréciation sur ce procédé après avoir exposé la thèse voisine de Lord Macnaghten dans la Chambre des Lords.

SECTION IV. — QUATRIÈME PROCÉDÉ (Lord Macnaghten et Lord Ashbourne).

L'ancien système n'a jamais pris la forme absolue et rigide qu'on prétend lui donner : c'est un système de circonstances, qui doit changer avec celles-ci.

Nous abordons ici le premier des procédés adoptés par la Chambre des Lords. Il ne diffère pas sensiblement du précédent, comme nous le verrons par la suite.

Lord Macnaghten commence par exposer un résumé des procédés divers adoptés par les magistrats de la

ment sont : *Wallis c. May*, *Jones c. Lees*, *Leather Cloth Co c. Lorscheid*, *Rousillon c. Rousillon*, *Badische Anilin und Soda Fabrik c. Schott*. Dans *Rousillon c. Rousillon*, lord Fry, dans un des jugements admirables par lesquels il s'est rendu si justement célèbre, est arrivé à la conclusion que le seul critérium pour déterminer la validité ou la nullité d'une clause « *in restraint of trade* » contractée en vue d'une considération appréciable était sa rationalité pour la protection du commerce ou de l'affaire du stipulant. Cela s'accorde avec les vues du Lord Justice James dans *Leather Cloth Co c. Lorscheid*, et c'est, à mon avis, la doctrine de laquelle les autorités modernes se sont graduellement rapprochées » (1893, 1 Ch. 648 et s.).

Cour d'Appel. Il reconnaît que les trois magistrats de la cour subordonnée avaient voulu, par des moyens différents, atteindre le même but : tenir pour valable la clause restrictive générale dans le cas *Nordenfelt* (1). Puis il formule, lui-même une thèse voisine de celle adoptée par le Lord Juge Lindley.

Il reconnaît qu'au début on admettait que toute restriction à la liberté de travail était nulle. Cette règle était trop rigide pour s'accommoder aux exigences de la vie pratique, et elle a dû se relâcher (2). Le relâche-

(1) « Les savants juges de la Cour d'appel, dit-il, sont arrivés à la conclusion que la première partie de la clause est valable. Mais, bien qu'ils arrivent tous à un seul et même résultat, ils abordent la question à des points de vue un peu différents..... Sans doute, c'est une chose de dire que toutes les exceptions à la règle générale que la police publique est contre les « *restraints of trade* » se réfèrent à un seul et même principe, et que le seul véritable critérium c'est de savoir quelle restriction est raisonnable dans un cas particulier. C'est autre chose de dire que les « *restraints of trade* » sont divisibles en deux catégories distinctes — restrictions partielles et restrictions générales —, que la rationalité est un critérium applicable aux restrictions partielles et inapplicable aux restrictions générales, mais que la règle admet des exceptions, et que, lorsque vous trouvez un cas exceptionnel, vous pouvez lui appliquer exactement le même critérium qui est applicable aux restrictions partielles. Il y a certainement une différence. Mais est-ce une différence substantielle ? C'est là une question qu'il n'est peut-être pas nécessaire d'examiner. En admettant la règle que les restrictions générales sont nulles, comme étant contre la police publique, et non pas pour un autre motif, une exception doit sûrement se produire, s'il y a place à exceptions, dès que l'on constate que le cas particulier soumis à l'examen n'est pas contraire à la police publique, et, par conséquent, n'est pas en opposition avec le principe sur lequel la règle est fondée » (1894, A. C. 556).

(2) « Avec le temps, cependant, dit-il, on a trouvé qu'une règle si rigide et si étendue doit sérieusement entraver les transactions d'occurrence quotidienne. Les commerçants pouvaient difficilement confier leurs magasins à d'autres mains que les leurs ; l'acheteur

ment a continué graduellement, sous la pression de besoins nouveaux. La distinction traditionnelle entre les restrictions générales et les restrictions partielles n'était elle-même qu'une manifestation de ce relâchement continu, et non pas la dernière. Si l'on s'est arrêté à cette distinction pendant quelque temps, ce n'était pas à raison de sa valeur absolue, mais simplement à cause des circonstances existant à cette époque ; personne n'imaginait alors qu'une restriction générale pût être raisonnable (1). De nos jours, avec les transformations profondes de l'industrie et le développement prodigieux des moyens de communication, le relâchement de la règle

d'une affaire était à la merci du vendeur ; tout apprenti était un concurrent possible. Aussi la règle s'est-elle relâchée. Elle s'est relâchée dans la mesure où les exigences du commerce de chaque temps l'ont nécessité, graduellement et non sans difficulté, jusqu'à ce qu'on soit arrivé à reconnaître que toutes les restrictions partielles peuvent être bonnes, bien qu'on ait pensé que les restrictions générales, c'est-à-dire les restrictions d'une application générale s'étendant à tout le royaume, doivent être mauvaises » (1894, A. C. 564).

(1) « Pourquoi le relâchement, — continue-t-il, — a-t-il été supposé être ainsi limité ? Simplement, parce que personne n'imaginait en ces temps qu'une restriction générale put être raisonnable, et non parce qu'il y avait une distinction inhérente ou essentielle entre les deux cas. « Quand il y a interdiction générale », dit lord Macclesfield dans *Mitchel c. Reynolds*, « d'exercer un commerce dans tout le Royaume », la restriction « doit être nulle, n'étant d'aucun bénéfice pour l'une ou l'autre des parties et uniquement oppressive, comme il sera démontré par la suite ». Plus loin, il donne sa raison. « Qu'importe », dit-il, « pour un commerçant de *Londres* ce qu'un autre fait à *Newcastle* ; et sûrement il serait déraisonnable de faire subir à une partie une perte certaine sans aucun bénéfice pour l'autre. » « Tout acte », dit Best L. C. J. dans *Homer c. Ashford*, « par lequel une personne s'engage à ne pas employer ses talents, son travail ou son capital dans une entreprise utile dans le Royaume, serait nul, car aucune bonne raison ne peut être imaginée pour qu'une personne s'impose une restriction semblable » (1894, A. C. 564).

doit continuer avec plus de rapidité. On peut fort bien concevoir maintenant qu'une restriction générale soit parfaitement raisonnable. La règle, qui n'a jamais pris la forme rigide qu'on prétend lui donner, et qui est toujours en pleine évolution sous la propulsion des changements dans les conditions de la vie, doit s'accommoder aux nouvelles circonstances et admettre la validité des restrictions raisonnables même quand elles sont générales. C'est un développement légitime (1) et tout naturel de la règle, une évolution nécessaire et conforme à son esprit même.

D'ailleurs, cette évolution s'est déjà réalisée, et le critérium de la rationalité a déjà été appliqué à des cas antérieurs à celui de *Nordenfellt*. Il est vrai qu'on n'est pas arrivé à cette étape d'un seul coup, mais après une lente évolution. D'abord, on a supprimé la nécessité d'une considération équivalente ; puis on a admis des restrictions de plus en plus étendues dans l'espace ; puis on a mis la preuve à la charge du promettant (2) ; enfin

(1) « Certainement, dit lord Macnaghten, il n'est pas étonnant que les juges de l'ancien temps n'aient pas prévu que les découvertes de la science et les résultats pratiques de ces découvertes pourraient, avec le temps, rendre les restrictions générales, dans quelques cas, parfaitement raisonnables. Quand ce temps vint, ce ne fut qu'un développement légitime — ce ne fût guère une extension — du principe en vertu duquel des exceptions avaient d'abord été admises, que d'admettre des restrictions illimitées dans la catégorie des exceptions admissibles à la règle générale » (1894, A. C. 571).

(2) « Mais il n'est pas à supposer, dit-il, que le résultat ait été atteint d'un seul coup. La loi a beaucoup changé, même depuis *Mitchel c. Reynolds*. Elle est devenue plus simple et plus large aussi..., et il a été considéré comme suffisant qu'il y ait une considération légale de quelque valeur ;... On a dit, et apparemment avec raison, que jusqu'à ce temps (c'est-à-dire l'année 1793), — les restrictions

on a fait directement appel au principe fondamental qui domine toute la matière en appliquant le critérium de la rationalité même aux restrictions générales, notamment dans les cas *Leather Cloth Co c. Lorse*, et *Rousillon c. Rousillon* (1). La règle de la nullité des restrictions géné-

ont été bornées à l'étendue d'une paroisse, ou à une courte distance, comme par exemple un demi-mille. Mais lord Kenyon, dans son jugement, a observé qu'il ne voyait pas que les limites en question fussent nécessairement déraisonnables..... Maintenant, la meilleure opinion est que la Cour ne doit pas considérer un contrat comme nul, à moins que le défendeur ne prouve d'une façon claire et évidente que les intérêts du plaignant ne requièrent pas l'exclusion du défendeur, ou que l'intérêt du public serait sacrifié si la restriction proposée était maintenue (*Tallis c. Tallis*) » (1894, A. C. 565 et s.).

(1) Il est à noter que lord Macnaghten considère que l'application du « *Standard* » de la rationalité à l'ensemble de la matière des « *restraints of trade* » a été déjà établie bien avant le cas *Nordenfjelt*. Cela est conforme à son opinion que la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles n'a jamais pris la forme rigide qui aurait empêché l'application de ce « *standard* » dans le domaine des restrictions générales. Il était donc logique qu'il défendit les décisions rendues dans les cas précurseurs, où le *standard* de rationalité avait été appliqué à des clauses restrictives générales, contre les critiques formulées par Bowen dans la Cour d'appel. « En ce qui concerne le jugement de lord Langdale dans *Whittaker c. Howe*, a-t-il dit, je trouve quelque difficulté à comprendre quelle est l'objection qui lui est adressée, même en admettant le point de vue adopté par lord Bowen à l'égard des restrictions partielles et des restrictions générales, à moins que son point de vue n'ait été, comme semble l'indiquer un passage de son jugement qui a déjà été cité, qu'une restriction limitée à l'Angleterre doit être considérée comme une restriction générale, maintenant que l'Angleterre n'est plus qu'une partie du Royaume-Uni, tout autant qu'elle l'était quand les trois royaumes étaient séparés..... J'ose penser que la décision dans *Whittaker c. Howe* était exacte. Et d'ailleurs que la clause restrictive dans ce cas doive être considérée comme générale ou comme partielle, je pense que la décision était en accord avec les opinions du Chief Justice Tindal et du baron Parke (1894, A. C. 572 et s.).

On se rappelle que Bowen a considéré, et avec raison à notre sens,

rales n'est pas, par conséquent, une règle rigide, une loi arbitraire. C'est une règle de circonstances, qui doit évo-

la clause restrictive dans *Whittaker c. Howe* comme générale. Dans ce cas, un avoué s'était engagé, en vue d'une considération appréciable, à n'exercer sa profession dans aucune partie de la Grande-Bretagne pendant 20 ans. La clause, comme on le voit, ne contenait que des limitations apparentes. Lord Macnaghten, en répondant aux critiques de Bowen L. J., aurait eu avantage à affirmer avec lui que la clause était générale et que, néanmoins, le « *standard* » de la rationalité y avait été appliqué. Il aurait ainsi démontré que ce *standard* avait été étendu, bien avant le cas *Nordenfellt*, à une clause générale ? Cependant, il n'a pas nettement adopté cette vue, à en juger par le passage que nous venons de citer.

Il répond ensuite aux critiques adressées par Bowen aux jugements rendus dans le cas *Leather Cloth Co c. v. Lorsche* (où la clause restrictive était que les vendeurs ne conduiront directement ou indirectement, dans aucune partie de l'Europe, une société ou manufacture ayant pour objet la fabrication ou la vente des produits présentement fabriqués dans l'entreprise ou la manufacture (des vendeurs), qu'ils ne communiqueront à aucune personne ou personnes les moyens ou procédés de cette fabrication : L. R. 9 Eq. 1869, p. 345); et *Rousillon c. Rousillon* (déjà cité). Voici ce qu'il dit à ce propos : « S'occupant du jugement de James V. C. dans *Leather Cloth Co c. Lorsche* (L. R. 9 Eq. 345), Lord Bowen dit que son langage semble calculé dans divers passages pour jeter la confusion, et non la lumière sur nos conceptions de la doctrine de *common law* établie ». Les expressions du vice-chancelier, observe-t-il, « sont parfois colorées par la même sorte de fausse compréhension de la *common law* que celle qui court à travers le jugement de lord Langdale dans *Whittaker c. Howe*. Des observations de même sorte sont faites en référence au jugement de sir Edward Fry dans *Rousillon c. Rousillon* (14 Ch. 351). My Lords, ceci me paraît être une grave censure — plus grave, je pense, que lord Bowen n'a pu le supposer, ou même voulu — parce qu'en tels cas c'était incontestablement le devoir de l'équité de suivre le « *Common law* ». Si le contrat était nul « *at common law* », une Cour d'équité aurait erré gravement en tentant de le mettre en force par une injonction. Si la question avait été douteuse, il aurait été du devoir de la Cour, au moins du temps de lord Langdale, de laisser les parties à leur sort de *Common Law* ou de prendre l'opinion d'une Cour de *common law*, comme il fut

luer et a effectivement évolué avec celles-ci. Elle n'a jamais revêtu une forme immuable et inflexible. Elle a

fait dans le cas *Bunn c. Guy* (4 East 190) et par lord Langlade lui-même dans le cas de *Nicholls c. Stretton* (7 Beav. 2, 10 Q. B. 346). Un criticisme si étonnant invite à provoquer enquête. On ne peut pas faire autre chose qu'éprouver le sol à chaque pas. J'ai lu, je pense, chaque cas reporté sur le sujet, et je dois dire — avec la plus grande déférence à l'opinion de Lord Bowen — que je ne puis pas me défendre de penser que Lord Langdale et James V. C. et Sir E. Fry ont justement compris la doctrine de *common law* telle qu'elle peut être tracée dans les « livres » et comme elle est admise par quelques-unes des autorités prépondérantes sur le sujet dans les temps modernes » (1894 A. C. 63 et s.). Lord Macnaghten s'efforce ensuite de démontrer qu'il n'y avait pas une « *hard and fast rule* » établissait la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles et que c'était le critérium de la rationalité qui dominait les applications diverses de cette prétendue règle. Quoiqu'il en soit, il est évident que les cours d'équité ont montré plus de hardiesse que les cours de « *Common Law* » à s'écarter de la règle traditionnelle. Lord Watson, tout en niant qu'il y eût une différence substantielle entre les attitudes de deux juridictions, a dû reconnaître qu'il existait, néanmoins, une différence dans le langage tenu par chacune d'elles. « Je ne pense pas, dit-il, qu'entre les cours de « *Common Law* » et les cours d'équité, il existe — en supposant qu'il y en ait réellement — beaucoup de différence effective d'opinion. Mais je dois dire que le langage employé par les juges d'équité est dans l'ensemble plus en consonnance avec la police commerciale du pays que quelques-uns des *dicta* favoris des cours de « *Common Law* » (1894, A. C. p. 555). Il est vrai que Lord Watson a affirmé dans la suite que quelques cours de « *Common Law* » ont tenu un langage aussi libéral que celui des cours d'équité ; mais il nous paraît que les cours de « *Common Law* » n'ont jamais entendu ébranler la fermeté de la distinction traditionnelle.

Herschell L. C. a plus nettement encore affirmé que les décisions des cours d'équité n'ont point influencé la « « *Common Law* » (1894, A. C. 546). Après avoir constaté que le critérium de la rationalité a été appliqué, — avec raison à son sens —, par les cours d'équité à des clauses restrictives générales, Lord Macnaghten a fait une autre tentative pour démontrer que toutes les clauses restrictives générales considérées comme nulles par les cours de *Common*

toujours pris celle qui s'accommode le mieux à l'époque.
« La vue exacte à l'époque actuelle, ajoute Lord Mac-

Law étaient, en réalité, déraisonnables et que c'est à raison de leur irrationalité, et non pas de leur caractère général, que l'exécution forcée leur avait été refusée. « La vue de Sir Edward Fry a été que les cas dans lesquels une prohibition illimitée a été traitée comme nulle ne se réfèrent qu'à des circonstances où cette prohibition a été déraisonnable. Lord Bowen cite ce passage et y répond par la question suivante : « N'est-ce pas une vue plus fidèle que les cours ne sont jamais, en principe, entrées dans l'examen d'aucun cas particulier où la prohibition ait été illimitée quant à l'espace ? » Cette question semble toucher au cœur de la matière. Depuis la date de *Mitchel c. Reynolds*, combien y a-t-il eu de cas où une prohibition générale soit venue en discussion devant une Cour de *Common Law* où y ait l'objet d'une décision. Autant que je puis le découvrir il y en a deux, et deux seulement. *Ward c. Byrne* (5 M. et W. 548) et *Hinde c. Gray* (1 Man. et Gr. 195). Le point litigieux s'était trouvé résolu au cours des débats sur la remarque du juge président que le contrat particulier soumis à l'examen avait été considéré comme nul dans *Ward c. Byrne*. Cette observation fut répétée dans le jugement, et rien de plus ne fut dit. Le contrat en question était aussi peu raisonnable, quoique peut-être pas tout à fait aussi absurde, que la clause dans *Ward c. Byrne*. *Hinde c. Gray* ne peut donc pas nous être de beaucoup de ressource. Il reste le cas de *Ward c. Byrne*. Dans ce cas une restriction illimitée fut imposée au *clerc* d'un marchand de charbon. Après avoir quitté le service de son maître, pendant neuf mois, il ne pourrait gagner nulle part son pain quotidien comme marchand de charbon ou employé d'un marchand de charbon, ou dans une entreprise en liaison avec le commerce de marchand de charbon — stipulation absurde et déraisonnable, si même c'était une stipulation. — La Cour s'abstint-elle d'entrer dans l'examen des circonstances particulières ? Le principal, sinon le seul fondement d'objection fut l'irrationalité d'une telle restriction dans les circonstances du cas. Cette restriction, observe le Chef Baron, s'étend à toutes les parties de l'Angleterre, et à toute espèce d'engagement par lequel cette personne durant ce temps pourra gagner sa vie par son travail. Le plaignant peut-il requérir une protection d'une étendue telle que celle-ci ? Peut-on supposer que l'industrie du plaignant pourra subir préjudice par l'entrée de son employé au service d'un marchand de bois, en Ecosse !

naghten, est celle-ci : le public a intérêt à ce que chacun conduise librement son commerce, et tel est aussi l'intérêt de l'individu. Toute entrave à la liberté individuelle d'action commerciale, et toute restriction au commerce ou au travail sont, par elles-mêmes, — quand elles ne sont rien de plus que cela, — contraires à la police publique, et, par conséquent, nulles. C'est la règle générale. Mais il y a des exceptions : restrictions au commerce et interventions dans la liberté individuelle d'action peuvent être justifiées par les circonstances spéciales d'un cas particulier. C'est une justification suffisante, et en réalité c'est la seule justification, que la restriction soit raisonnable — c'est-à-dire raisonnable par rapport aux intérêts des parties intéressées et raisonnable par rapport aux intérêts du public, et qu'elle soit formulée et arrangée de façon à apporter une protection adéquate à la partie en faveur de laquelle elle est imposée, tout en n'étant, en même temps, en aucune façon, préjudiciable aux intérêts du public (1) ».

L'obligation que le défendeur assume par son « *bond* » est qu'il ne devra ni être marchand, ni servir un marchand de charbon en aucune capacité pendant neuf mois. Ceci va tellement au-delà de ce que le plaignant peut requérir que c'est une restriction déraisonnable. C'est nul pour deux motifs. C'est contraire aux principes et la police de la loi relative aux « *restraints of trade* » et au droit de tout homme d'avoir la liberté de lutter pour sa propre existence dans l'exercice de tout emploi licite, et c'est au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection du plaignant ou de ce que demande la justice dans ce cas. Rien n'est plus clair que la vue du Chef Baron : toutes les *restraints of trade*, quand il n'y a rien de plus, sont regardées avec défaveur par la loi ; cette *restraint* n'est pas nécessaire, et elle est déraisonnable » (1894, A. C. 568 et s.).

(1) 1894 A. c. p. 565. Le procédé adopté par Lord Ashbourne à la Chambre des Lords se rapproche de celui de Lord Macnaghten, que nous venons d'exposer. A titre documentaire nous noterons le passage

Ce qui est essentiel de relever dans la thèse de Lord Macnaghten c'est son affirmation que l'ancienne distinction n'a jamais été une loi arbitraire condamnée à l'immutabilité ; que cette distinction a évolué avec le

suivant : « L'appelant, dit Ashbourne, cherche pratiquement à ignorer les conditions changées d'aujourd'hui, et à invoquer une application rigide de ce qu'il conçoit être le sens de quelques décisions rendues dans d'autres générations ; et ceci sans prendre en considération les faits des cas ou les conditions du temps où ils se sont produits..... Une référence à ce jugement de Lord Macclesfield et à sa distinction entre les clauses restrictives générales et partielles se trouve naturellement dans des cas nombreux. Il semble que ce soit là nomenclature convenable et elle était probablement appropriée à quelques cas ; je donne mon adhésion à l'affirmation déjà citée du Chief Justice Tindal que ces clauses n'étaient pas des limites à l'application de la règle, qui ne peut être en définitive que ceci : qu'il faut que la restriction soit raisonnable par référence à un cas particulier. Il n'y a pas, que je sache, un seul cas reporté dont les faits soient clairement connus, où une clause restrictive générale, clairement raisonnable en elle-même et n'apportant qu'une protection équitable aux parties, ait été considérée comme nulle. On peut aisément voir que de telles clauses peuvent être extravagantes et *non nécessaires*, absolument déraisonnables, et nullement requises pour la protection équitable, et alors le fait qu'elles étaient générales, et non pas partielles, serait une distinction digne d'un grand poids. Ainsi je peux bien comprendre l'existence de la distinction gardée vivante et notée dans maints cas, quoique ceci n'impliquerait ni ne requerrait aucunement que la rationalité d'une clause et le fait qu'elle apporte seulement une protection équitable pourront jamais être écartés ou ignorés..... Il est réellement impossible de diviser tous les cas dans les deux catégories de restrictions générales et restrictions partielles, requérant traitement distinct et demandant des polices différentes. A quelque degré de développement qu'elle soit arrivée, la loi doit opérer en harmonie avec les exigences du temps, et doit avancer et se développer avec la progression de notre vie et de nos institutions nationales. S'il y a jamais eu une règle effective et reconnue, requérant que toutes les clauses restrictives soient divisées en deux larges catégories de restrictions générales et restrictions partielles, avec le critérium de la rationalité ouvertement et expressément appliqué aux restrictions partielles, tandis qu'il était osten-

temps, dominée toujours par sa raison d'être (1), et qu'enfin elle n'existe plus au temps actuel, comme l'ont établi plusieurs décisions antérieures. Quant à cette dernière affirmation, que la distinction n'existait plus au

siblement dénié aux restrictions générales, quoiqu'en réalité appliqué sous la forme déguisée d'une exception toutes les fois que les exigences de la vie et des affaires le requéraient ; ou si, en supposant que la règle ait été jadis connue et reconnue, elle peut actuellement être acceptée en tant qu'applicable aux conditions de notre vie présente, ou si toutes les restrictions ont toujours été réellement gouvernées par un seul critérium qui est la protection équitable et ce qui est raisonnable, ce sont là des enquêtes sur l'intérêt desquelles les esprits juridiques peuvent différer. Je ne regarde pas la distinction comme présentant un intérêt pratique quelconque, parce que, comme dans le cas présent, l'enquête quant à la validité de toutes les clauses restrictives doit, je suis disposé à le penser aujourd'hui, aboutir finalement à ceci : sont-elles raisonnables ou dépassent-elles ce qui est nécessaire pour la protection équitable des stipulants ? Il peut y avoir des divergences d'opinion quant à l'histoire des clauses *in restraint of trade*, quant aux distinctions introduites de temps à autre dans la nomenclature, mais je crois qu'au point de vue du résultat, il n'y a pas de divergence réelle d'opinion, et que toutes vos seigneuries tiennent la clause dans le cas présent comme bonne et valable pour des raisons qui ne peuvent pas sérieusement différer » (1894, A. C., p. 556).

(1) Lord Macnaghten dit nettement que la distinction n'est en somme qu'une conséquence du principe de la rationalité, applicable aux restrictions générales autant qu'aux restrictions partielles. Il cite, pour appuyer cette thèse le Chief Justice Tindal. Voici ce qu'il dit à ce propos : « Il n'y a pas de plus haute autorité sur le sujet dans les temps modernes que Tindal C. J. Il a plus fait pour donner sa forme définitive à la loi sur ce chapitre et la mettre en harmonie avec le sens commun que tous les juges depuis le temps de Lord Macclesfield mis ensemble. On ne trouvera guère de jugement sur la *restraint of trade* délivré par une cour d'Angleterre ou d'Amérique, pendant ces dernières soixante années, dans lequel ne soient cités quelques passages de jugements du Chief Justice Tindal. Dans *Horner c. Graves*, Tindal a délivré le jugement arrêté par le Tribunal. Dans le cours de celui-ci il a eu occasion de se référer au passage de *Mitchel c. Reynolds* qui est supposé être l'origine, ou tout au moins, la plus ancienne

temps du cas *Nordenfelt*, elle nous paraît un peu hasardeuse. Car nous ne pouvons oublier que cette distinction traditionnelle s'est édifiée avec le temps depuis *Mitchel c. Reynolds*, qu'elle était fermement établie, tout au moins dans la *Common Law* et, en négligeant quelques décisions d'équité, qu'elle avait trouvé un dernier écho peu avant le cas *Nordenfelt* dans le cas *Davies c. Davies* (1). La thèse de Lord Macnaghten se ré-

expression de la doctrine qu'un principe différent s'applique aux restrictions généralés et aux restrictions partielles. Parker C. J., observe-t-il, dit qu'une interdiction d'exercer une industrie dans le royaume doit être nulle, et une interdiction d'exercer dans une place particulière être bonne ; ce qui constitue plutôt des exemples que des limites à l'application de la règle. Il est tout à fait exact que *Horner c. Graves* fut un cas de restriction partielle ; mais nous y avons vu Tindal C. J. s'occuper du cas de restriction générale aussi bien que du cas de restriction partielle..... On peut toutefois objecter que des passages se trouvent dans les jugements de Tindal C. J. aussi bien que dans les jugements d'autres juges, dans lesquels il est dit que les restrictions générales sont nulles sans indiquer aucune raison pour leur nullité. Cela, sans doute, est vrai, et en effet, dans ce jugement même il y a un passage de ce genre. Mais il n'est pas juste de conclure que Tindal C. J. estimait les restrictions générales mauvaises, non parce qu'il y avait une règle arbitraire à cet effet, une *hard and fast rule*, que les juges avaient apprises *by note*, et dont il était défendu d'explorer l'origine, mais parce qu'il admettait qu'une restriction générale était un exemple — un exemple typique si vous voulez — d'un contrat déraisonnable » (1894, A. C., p. 569 et s.).

(1) Dans ce cas la distinction traditionnelle a été affirmée notamment par Cotton L. J. et Bowen L. J. Nous avons vu, d'ailleurs, que même dans le cas *Nordenfelt* tous les magistrats de la Cour d'Appel se sont considérés comme liés par elle ; il est vrai qu'ils l'ont violée, en fait, mais toujours sous le prétexte de la bien interpréter. On se rappelle que Parker C. J. l'a consacrée dans les termes les plus nets dans le cas *Mitchel c. Reynolds*, et après lui elle a été reproduite et réaffirmée dans des cas nombreux dont nous avons eu l'occasion de citer quelques-uns. Quant à l'affirmation de Lord Macnaghten que Tindal ne l'a considérée que comme une simple application du principe de ratio-

duit donc finalement à l'affirmation que la distinction n'est pas une loi arbitraire et qu'elle a évolué, dominée toujours par sa raison d'être. Quelle est au juste la portée de cette affirmation ?

nalité, nous ne saurions mieux faire que de reproduire un passage du jugement de Lord Herschell L. C. dans la Chambre des Lords dans le même cas *Nordenfjelt*, passage où il affirme, contrairement à l'avis de Lord Macnaghten, que Tindal a considéré cette distinction comme faisant la loi sur le sujet. « Dans le cas de *Horner c. Graves*, dit Lord Herschell, Tindal C. J. dit : « La loi sur ce sujet (c'est-à-dire *restrictions of trade*) a été posée avec tant d'autorité et de précision par Parker C. J. en donnant le jugement du Banc du Roi dans *Mitchel c. Reynolds*, qui a été le cas principal (*leading case*) sur le sujet depuis ce temps jusqu'à présent, qu'il ne demeure guère plus qu'à appliquer le principe de cet arrêt au cas présent. Aujourd'hui, la règle posée par la Cour dans ce cas est que les restrictions volontaires par accords entre les parties, si elles constituent une restriction générale au commerce par l'une ou l'autre partie, sont nulles, qu'elles soient avec ou sans considération ; mais que les restrictions partielles au commerce, quand elles sont faites en vue d'une bonne et adéquate considération, de façon à être un contrat juste et utile, c'est-à-dire de façon à n'être qu'une restriction raisonnable, sont bonnes. Après avoir exposé que le cas alors soumis à la Cour ne tombait que dans la première classe de contrats, n'allant certainement pas jusqu'à une restriction générale, il examine si la clause particulière était bonne. Il est vrai que, dans une dernière partie de son jugement, le passage suivant se rencontre : « Dans le cas ci-dessus cité, Parker C. J. dit : « Une interdiction de conduire une industrie dans tout le royaume doit être nulle ; une interdiction de s'y livrer dans une place particulière est bonne », ce qui est plutôt des exemples d'application que des limites à l'application de la règle, qui ne peut être en définitive que ceci : la restriction est-elle raisonnable par rapport au cas particulier ? Mais je ne peux pas, en présence du passage que j'ai cité de la première partie de son jugement, comprendre ceci comme une indication de la part de Tindal C. J. de l'opinion qu'il n'y a pas de distinction au point de vue légal entre les restrictions générales et partielles ; que, dans le cas des unes comme des autres également, la seule question est si dans le cas particulier la restriction est raisonnable. S'il en était ainsi, on pourrait difficilement dire que la loi a été posée avec précision par Parker C. J. et il ne serait pas

S'il veut dire par là que la distinction n'a jamais été une règle juridique, qu'elle était une simple présomption justifiée par les circonstances, et que cette présomption n'a plus aucune autorité avec le changement des

exact de diviser ces contrats en deux classes, si chaque cas particulier, qu'il tombe dans une classe ou dans l'autre, était au point de vue de la loi à traiter précisément de la même manière. Je suis confirmé dans cette interprétation de l'opinion de Tindal C. J. par son jugement dans le cas postérieur de *Hinde c. Gray*. Dans ce cas le défendeur avait promis par contrat aux plaignants, auxquels il avait loué une brasserie de *Sheffield*, que tant que continuerait la location, il ne ferait pas le commerce de brasseur (*brewer*) ou agent, ou la vente de bière en *Sheffield* ou ailleurs ; mais que, dans la mesure où cela ne compromettrait pas ses occupations personnelles, il donnerait tous les conseils et les informations en son pouvoir aux plaignants en ce qui concerne la direction et l'exploitation de la brasserie. La violation alléguée était que le défendeur avait sollicité et obtenu des commandes pour des bières non achetées aux plaignants ni brassées par eux, et que de grandes quantités de bière avaient par là été livrées et vendues. Des conclusions furent prises pour faire statuer sur cette violation ; jugement fut donné pour le défendeur, Tindal C. J. disant qu'il était assigné sur un contrat qui, d'après le cas *Ward c. Byrne*, était nul en droit. Ceci, à mon avis, n'est intelligible que si *Ward c. Byrne*, qui était le cas d'un *bond* conditionné de ne pas continuer à s'occuper d'une affaire de marchand de charbon et ne de pas y être employé pendant neuf mois, était regardé comme établissant, en droit, qu'une clause restrictive générale, même limitée quant au temps, était nulle. A moins qu'il n'en fut ainsi, je ne vois pas comment il peut être regardé comme établissant que la clause en question dans *Hinde c. Gray* était nulle, ou même comme une autorité dans le cas de toute restriction générale qui n'est pas pratiquement identique à tous égards. Il est clair qu'il y a des distinctions essentielles entre les circonstances des deux cas, et si la seule question avait été de savoir si la clause était raisonnable en vue des circonstances particulières, des considérations auraient bien pu être invoquées en ce sens (elles l'ont d'ailleurs été par les savants conseils des plaignants) que le cas alors devant la Cour ne devait pas être regardé comme gouverné par *Ward c. Byrne*. Mais Tindal C. J. ne rechercha pas ensuite si, dans les circonstances particulières indiquées dans le record de *Hinde c. Gray*, la clause était une clause raisonnable ou elle était plus large que ne

conditions économiques (1), nous objecterons que nous avons montré antérieurement que cette « simple présomption » était en réalité une présomption absolue qui avait revêtu une forme rigide et qui, sous l'empire de la conception anglaise de l'autorité illimitée du précédent judiciaire, ne pouvait être détruite que par l'abrogation formelle d'une juridiction supérieure (2).

S'il veut dire que la distinction est, en effet, une règle

le requerrait la protection des plaignants ; mais il a traité le cas comme tranché, au point de vue du droit, par l'autorité. Il n'est pas besoin de se reporter plus longuement à *Ward c. Byrne*, sauf pour dire que, quoique les savants juges dans ce cas aient exprimé l'opinion que la clause excédait ce qui était nécessaire pour la protection du stipulant, ils me semblent reconnaître que les clauses restrictives partielles, et celles-là seulement, font exception à la règle générale invalidant les contrats *in restraint of trade* (1894, A. C., p. 542 et s.).

A plusieurs reprises Bowen L. J. a affirmé l'existence de la distinction dans la jurisprudence anglaise. Il l'a considérée comme « incorporée dans les reports et les « livres » des trois derniers siècles, et il a déclaré que la *Common law* est aussi précise que possible sur ce point » (1893, 1 Ch. 652) ; que « bien des cas ont procédé sur cette base ; que ceux qui discutent la règle ne peuvent le faire qu'en négligeant les jugements et opinions d'un nombre incalculable des juges unanimes de *Common law* (1893, 1 Ch. 653) ; que « l'histoire tout entière du sujet de *restraints of trade* procède sûrement sur la base de l'existence de la règle en question » (1893, 1 Ch. 662) etc.

(1) C'est, en effet, le résumé, donné par Pollock, de la thèse de Lord Macnaghten. « Lord Macnaghten, dit l'auteur,..... a nié qu'il y ait jamais réellement eu une règle de droit rigide. Jusqu'à un temps récent il y avait une forte présomption de fait contre une restriction sans limite d'espace même raisonnablement requise pour la protection du stipulant ; mais il n'y avait pas une décision ou principe pour rendre cette présomption applicable à l'état de faits différent produit par la nature du commerce et du trafic modernes ».

(2) *Supra*, p. 88. D'ailleurs tous nos développements antérieurs établissent cette affirmation. Il ressort très nettement des passages déjà cités du jugement de Parker dans le cas *Mitchel c. Reynolds* (1 P. W. 189), qui ont été reproduits dans des nombreux cas postérieurs, que la présomption contre les restrictions générales était

juridique, mais que cette règle a toujours été dominée par sa raison d'être ; en d'autres termes, que la règle n'est qu'une application d'un principe supérieur, celui de la rationalité (1), cela nous ramène à la thèse précédente, celle de Lindley. Et nous nous trouvons ainsi amené à soumettre à une critique commune ces deux thèses voisines.

Quand les Lords Macnaghten et Lindley affirment que l'ancienne distinction n'est qu'une simple application d'un principe supérieur, ils sont dans le vrai au point de vue historique, mais non pas au point de vue strictement juridique. Ils expliquent à merveille le fondement historique et social de la distinction » ; mais cette explication n'a rien à faire avec sa mise en œuvre juridique. Que la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles s'explique par une raison ou par une autre, elle reste toujours une distinction de droit, qu'il est nécessaire de respecter. Il n'est pas permis d'y déroger tant qu'elle n'est pas formellement abrogée. On peut se servir de l'origine historique d'une règle pour bien l'interpréter, mais non pas pour la détruire.

absolue. Il nous suffit ici de citer un passage du cas *Davies c. Davies* qui affirme que la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles reste une règle de droit tant qu'elle n'est pas abrogée par la Chambre des Lords. « Et à mon avis, a dit Cotton L. J., cette loi ancienne (c'est-à-dire la distinction entre les deux catégories de restrictions), en dépit de l'opinion de Kekewich J. sur le changement qui a eu lieu dans ce pays, doit encore être reconnue et regardée par nous comme étant la loi, et une loi dont nous ne devons pas nous départir. Si quelqu'un a à le faire, ce ne doit pas être cette cour, mais la Chambre des Lords » (1887, 36 Ch., p. 386).

(1) Cette deuxième interprétation de la thèse de Lord Macnaghten est, à notre avis, très soutenable ; voir notamment le passage déjà cité (1894, A. C., p. 569 et s.).

SECTION V. — CINQUIÈME PROCÉDÉ (Lord Watson)

L'ancienne règle est une règle de police publique et non pas de technique juridique ; elle est donc susceptible d'évolution et de modification.

Lord Watson, à la Chambre des Lords, a reconnu que la règle de l'illégalité des restrictions générales a existé dans la jurisprudence anglaise (1). Mais il distingue entre deux catégories de règles.

D'une part, il y a des règles de technique juridique, de pures conceptions de l'esprit, ayant pour but de systématiser et d'ordonner les idées dans le domaine du droit. Ces règles ne doivent pas évoluer avec la vie, puisqu'elles ne sont point en contact avec elle ; elles sont conçues d'une façon complètement abstraite. D'autre part, il y a des règles de police publique (2). Elles ne sont pas, comme les premières, de pures conceptions de l'esprit, mais la traduction en formules juridiques de ce qui se passe dans la vie même. Dans leur

(1) Pour Lord Watson une restriction générale est une restriction illimitée quant à l'espace. Nous avons vu qu'une telle définition n'est pas rigoureusement exacte. Voici comment il s'exprime : « Les anciennes décisions qui émanent principalement, sinon exclusivement, des cours de *Common Law*, contiennent d'abondants *dicta*, qui, s'ils étaient littéralement suivis, justifieraient le moyen sur lequel l'appelant s'appuie. Ces *dicta* posent en principe que la règle est qu'une restriction générale au commerce, ou, en d'autres termes, une restriction illimitée quant à l'espace, est nulle, parce qu'elle est contraire à la police commerciale de l'Angleterre. La même proposition se retrouvera fréquemment dans les cas de *common law* postérieurs » (1894, A. C., p. 553).

(2) Cf. la distinction de Bowen entre les règles de police qui admettent des exceptions et les règles artificielles ou coutumières.

interprétation maintes considérations d'ordre pratique, moral et politique, doivent entrer en ligne de compte : l'esprit national, les exigences du commerce, le développement de la vie économique, etc. Ayant pour assiette le milieu social, elles sont destinées à une modification perpétuelle, à une adaptation qui suit les changements successifs du milieu dont elles reflètent l'image. Elles sont en somme le perpétuel devenir.

Or, la règle de l'illégalité de toute restriction générale appartient à la deuxième catégorie. Elle est, par conséquent, susceptible de modifications continues. Ce n'est pas elle qui façonne la vie ; c'est la vie qui lui donne sa couleur et ses modalités. Il est hors du pouvoir des juges de la modeler selon leur idéal ; ils sont incapables de résister aux grands courants sociaux qui changent radicalement la vie ; ils n'ont qu'à s'y soumettre et à traduire fidèlement en formules juridiques ce qui se passe sous leurs yeux. « Une série de décisions, dit Lord Watson, basées sur des motifs de police publique, quelque éminents que soient les juges par lesquels elles ont été délivrées, ne peuvent pas posséder la même autorité impérative que les décisions qui touchent à des principes purement légaux et qui les formulent. Le cours de la police (*policy*) poursuivie par un pays par rapport aux intérêts de son commerce et pour leur promotion doit, à mesure que le temps s'avance, et que le commerce prospère, subir des changements et des développements dus à des causes diverses qui sont complètement indépendantes de l'action de ses cours. En Angleterre, tout au moins, il est au-delà de la juridiction de ses tribunaux de modeler et de stéréotyper la police nationale. Leur fonction, quand un cas comme le présent est porté devant eux,

est, dans mon opinion, de ne pas accepter nécessairement ce qui a été considéré comme ayant été la règle de police il y a cent ou cent cinquante ans, mais de vérifier, en approchant de l'exactitude d'aussi près que les circonstances le permettent, quelle est la règle de police pour le temps présent. Quand cette règle a été dégagée, il devient de leur devoir de se refuser à donner effet à un contrat privé qui la viole et qui se révélerait, s'il était judiciairement sanctionné, préjudiciable, à la communauté (1) ».

La notion de la police publique, qui est à la base de la distinction de Lord Watson, est en réalité une notion très variable. Ce caractère mobile a été constaté à maintes reprises dans les *dicta* des décisions de la jurisprudence anglaise (2). Cette variabilité entraîne néces-

(1) 1894. A. C., p. 553.

(2) Nous avons déjà cité un dictum de Kekewich dans le cas *Davies c. Davies* dans ce sens (*Supra*, p. 107). Dans le même cas, à la Cour d'Appel, Fry L. J. a dit : « Je pense que la loi concernant la police publique est une loi d'une nature très différente de celle de la loi qui est établie dans des termes absolus pour tous les temps. Il serait étrange, et je pense qu'il serait déraisonnable, qu'un contrat, qui maintenant peut être au bénéfice du public, soit tenu pour nul parce que sous le règne d'Henri V ou sous le règne d'Elisabeth ce contrat était contraire à la police publique. Il est impossible de consulter l'histoire du droit sans constater que des contrats qui, à un moment donné, ont été considérés, et j'ose dire justement considérés, comme contraires à la police publique, ont été considérés à une autre époque comme conciliables avec la police publique et le bénéfice du public. Une forte illustration de cette vérité est fournie par le cas même qui est le fondement de cette branche du droit, le cas dans 2 Hen. 5 qui a excité l'indignation du Juge Hulle. Comme l'a noté Lord Saint-Leonards, le principe général qu'un contrat *in restraint of trade* qui est déraisonnable est nul est encore la loi ; mais la conclusion particulière à laquelle le jury était arrivé — que le contrat particulier était contre la police publique — est entièrement en conflit avec les décisions modernes. Ce qu'a dit Lord Saint-Leonards dans *Egerton c. Earl*

sairement l'adaptation continuelle de l'ancien système. Il est vrai que la police publique reste toujours opposée à toute restriction à la liberté de travail du moment qu'elle porte atteinte aux intérêts du public ; mais elle

Brownlow c'est ceci : « Quelqu'irritation que le savant Juge Hulle ait manifestée contre la violation de la loi (dans le cas de 2 Hen. 5) quel est donc le résultat de cette même règle sans l'intervention d'aucun statut ? Que la *common law*, comme on l'appelle, s'est adaptée d'elle-même pour des causes de police publique à une règle totalement différente et limitée, qui pourrait nous guider aujourd'hui, et que la clause qui était alors si fortement dénoncée est maintenant une clause exactement aussi bonne que toute autre qui ait jamais été insérée dans un contrat, parce qu'une restriction partielle créée de cette manière avec un objet particulier est parfaitement légale maintenant. Sans aucune exclamation du juge, et sans aucun danger de prison, tout sujet de ce royaume peut poursuivre l'exécution d'une clause semblable à celle contre laquelle le juge Hulle était si fortement irrité dans ce cas particulier. La même observation s'applique au cas *Mitchel c. Reynolds* avec une force plus ou moins grande, parce que, bien que ce cas soit certainement parfaitement sain à l'égard de son grand principe, à savoir que les contrats *in restraint of trade* qui sont plus larges qu'il n'est nécessaire sont nuls, il ne peut y avoir aucun doute que cette décision a été plus ou moins entamée par la marche postérieure de la loi. Dans ce cas il a été admis que l'équivalence de la considération, était une question qui devait être examinée par la cour. Les cours ont, depuis, répudié leur compétence pour examiner ce point. La loi, telle qu'elle a été établie dans ce cas, a créé une présomption de nullité contre le contrat. La charge de la preuve a été depuis transférée aussitôt qu'il a été démontré que le contrat a été conclu pour la protection de l'intérêt d'une des parties contractantes ; et par conséquent, je le répète, bien que ce cas dans ses traits généraux (*broad features*) soit encore sans doute la loi, la loi a progressé depuis ce cas ».

« La détermination de ce qui est contraire à la soi-disant « police de la loi », a dit le Conseil Privé dans *Evanturel c. Evanturel* (L. R. 6 P. C. 1, 29), change nécessairement de temps à autre. Bien des transactions sont maintenues maintenant par nos propres cours, qu'une génération précédente aurait annulées comme contraires à la police supposée de la loi. La règle reste ; mais ses applications changent avec le principe qui guide pour le moment l'opinion publique ».

est aussi contraire à toute restriction à la liberté de contrat, quand cette liberté est nécessaire pour la protection des intérêts des parties et n'est pas au détriment de ceux du public. Par conséquent, si une clause restrictive de la liberté du travail, même générale, est raisonnable par rapport aux parties et par rapport au public, cette clause doit être considérée comme valable. L'ancien système ne doit pas faire obstacle à cette solution raisonnable ; car ce système, basé sur la police publique, doit s'adapter aux circonstances nouvelles (1).

(1) Il ne semble pas comporter de doute, dit Lord Watson, que la police générale de la loi soit opposée à toutes les restrictions à la liberté d'action individuelle qui sont préjudiciables aux intérêts de l'État ou de la communauté. Et il n'est pas douteux, non plus, que les cours refuseront justement de mettre à exécution tout pacte par lequel un individu s'oblige à ne pas employer son temps et ses talents à la poursuite d'une profession ou d'une industrie particulière, si son exécution était évidemment ou probablement suivie de ces conséquences préjudiciables. Mais il ne faut pas oublier que la communauté a un intérêt matériel au maintien des règles de commerce honnête (*fair dealing*) entre homme et homme. Elle subit un plus grand dommage de la violation de ces règles que des contrats *in restraint of trade*. Je pense qu'il est généralement concédé maintenant qu'il est à l'avantage du public de permettre à un commerçant qui a établi une affaire lucrative d'en disposer en faveur d'un successeur par lequel elle pourra être efficacement menée. Cet objet ne peut pas être accompli si, sous prétexte de police publique, la loi réserve au vendeur un droit absolu et indéfectible de monter une affaire rivale le lendemain du jour où il aura vendu. C'est pour cette raison qu'il a été décidé judiciairement que, dans le cas où l'acquéreur pour sa propre protection obtient un engagement interdisant au vendeur de le concurrencer dans la limite qui, par rapport à la nature de l'affaire, est raisonnable, et un engagement limité quant à l'espace, cet engagement n'est pas contraire à la police publique, et est dès lors susceptible d'être exécuté de force. Est-ce que, quand les circonstances du cas sont telles qu'une restriction illimitée quant à l'espace devient raisonnablement nécessaire pour protéger l'acquéreur contre toute tentative par le vendeur de reprendre l'affaire qu'il a vendue, une

Le changement des circonstances économiques, depuis le cas *Mitchel c. Reynolds* jusqu'au cas *Nordenfeldt*, est assez profond pour justifier une transformation complète dans le fonctionnement de la règle ancienne (1).

clause imposant cette restriction doit être invalidée en vertu du principe de police publique : telle est la substance de la question que vos seigneuries ont à examiner dans cet appel » (1894, A. C., p. 552).

(1) « Au regard des faits de ce cas, dit Lord Watson, j'ai seulement à observer qu'ils sont, au point de vue légal, exceptionnels. On n'en saurait trouver l'équivalent dans aucun des cas reportés ; mais ils son tels qu'on peut naturellement s'attendre à les rencontrer dans les conditions transformées et quotidiennement changeantes dans lesquelles l'industrie est conduite dans les temps modernes. Le département manufacturier de l'affaire (*Manufacturing Department of the business*) que l'appelant a vendu en 1886 était, et est encore, conduit avec une activité étendue en Angleterre et en Suède. L'affaire peut être dite locale en ce sens, mais en ce sens seulement. L'aire qu'elle fournit était, et est, pratiquement illimitée. Les clients, qui achètent les produits que l'appelant s'est obligé à ne pas manufacturer, sont nécessairement d'une classe limitée, mais peuvent se trouver par tout le monde. Ils comprennent, ou strictement parlant, ils se composent de gouvernements et puissances, grands et petits, civilisés et sauvages, qui, dans des buts d'attaque ou de défense, désirent posséder et ont le moyen de payer des canons Nordenfelt avec l'approvisionnement en munitions qui s'ensuit (1894 A. C., pp. 551-52).

Plus loin il dit : « La règle de police, telle qu'elle a été originairement entendue et administrée, frappe toute restriction, soit partielle soit générale. Elle s'est relâchée par ces décisions dans le cas de restrictions partielles qui étaient tenues pour raisonnables. Je sens que, si j'avais occupé le siège des savants juges qui les ont prononcées, j'aurais probablement usé du même langage que celui qu'ils ont employé par rapport aux restrictions illimitées. Ils n'ont jamais imaginé qu'une affaire puisse atteindre de si vastes dimensions qu'elle ne puisse être raisonnablement protégée de l'invasion du vendeur qu'en la soumettant à une restriction illimitée dans l'espace. Je suis sous l'impression que, s'ils avaient conçu la possibilité qu'un tel cas se présentât, la règle aurait été exprimée en des termes quelque peu différents. Je pense que, telle qu'elle a été posée, elle entendait impliquer la supposition qu'il ne pouvait y avoir de cas pareil » (1894, A. C., p. 553).

Que l'adaptation se fasse en ajoutant une exception nouvelle à la règle, ou en élargissant une exception ancienne, peu importe ; ce qui est essentiel, dans la thèse de Lord Watson, c'est que l'adaptation se produise. « Une controverse s'est élevée, dit-il, quant au principe par lequel ce résultat doit être atteint. Que l'admission d'une restriction illimitée dans l'espace doive être regardée comme une nouvelle exception à la règle générale qui interdit toutes les restrictions, ou comme une extension de l'exception à cette règle qui a admis les restrictions limitées, ce n'est pas à mon avis une question d'importance pratique, Je n'ai pas le désir d'empiéter sur la liberté de choix de qui que ce soit entre ces deux alternatives. Il me suffit d'exposer que, dans mon opinion, le jugement que vos seigneuries vont prononcer, ne fait rien de plus qu'adapter une vieille et saine exception à la règle générale (1) ».

L'idée de Lord Watson est claire. Il veut adapter l'ancien système, même au prix de la destruction de la distinction traditionnelle, si cette destruction est nécessitée par le changement des circonstances. Il y a là un procédé plus hardi que les précédents, et aussi plus franc. Sa distinction entre les règles de technique juridique et celles de police publique est ingénieuse, mais, peut être, subtile. Il n'est pas toujours facile de dire si une règle appartient à une catégorie ou à l'autre. Est-il nécessaire de recourir à cette distinction pour abroger purement et simplement un système suranné ? Les règles que Lord Watson appelle « règles de technique juridique » sont-elles condamnées à l'immutabilité ? Ne vaut-il pas mieux aller directement au but, et abroger formellement,

(1) 1894, A. C., p. 555.

sans aucun détour ni aucune distinction, une règle qui est devenue inapplicable ? Ce procédé, plus hardi et plus franc encore, est celui des deux derniers magistrats de la Chambre des Lords.

SECTION VI. — SIXIÈME PROCÉDÉ (Lord Herschell et Lord Morris).

L'ancien système devient inapplicable dans les circonstances actuelles ; il doit, par conséquent être formellement abrogé.

Le Lord Chancelier Herschell déclara que l'ancienne distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles était une distinction de droit fermement établie par la jurisprudence antérieure. D'après les autorités, telles que je les comprends, disait-il, jusqu'aux cas sur lesquels j'appellerai présentement l'attention, la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles a toujours été maintenue, et les dernières seules ont été regardées comme exceptions à la règle générale que les contrats *in restraint of trade* sont mauvais (1) ».

(1) 1894, A. C., p. 542. Herschell a examiné ensuite quelques cas anciens pour en tirer la preuve que la distinction existait bien dans la jurisprudence antérieure. Il a fait appel à l'autorité de John W. Smith et de ses successeurs pour appuyer cette affirmation. « Les vues que j'ai exprimées, dit-il, me paraissent avoir été adoptées par le très savant juriste M. John William Smith comme le montrent ses notes sur *Mitchel c. Reynolds*. Il expose la loi ainsi : « par conséquent, pour qu'un contrat puisse être valable en droit, la restriction doit être premièrement partielle, secondement sur une considération adéquate, ou, comme ce semble être la règle présentement, une considération qui n'est pas simplement apparente ; et il y a une troisième condition, à savoir qu'elle doit être raisonnable. Cette exposition de la loi a,

Il a passé en revue quelques décisions d'équité qui semblaient pouvoir être invoquées dans le sens contraire. Sans méconnaître leur valeur il a considéré qu'elles n'avaient point influencé la *common law* sur cette question. « Il y a eu, disait-il, des expressions différentes d'opinion sur ce sujet de la part de distingués juges d'équité dans des temps plus récents. Je veux faire allusion seulement à deux de celles-ci dans lesquelles l'existence de la règle que j'ai examinée a été mise en doute » (1).

Le Lord chancelier citait ensuite deux cas que nous avons déjà examinés : *Leather Cloth Co c. Lhorsont et Rousillon c. Rousillon*. « Je n'entends pas, continuait-il, jeter le doute sur ce qui a été décidé dans ces cas pour les raisons qui apparaîtront plus loin, mais je diffère respectueusement de la vue qui paraît avoir été indiquée qu'il n'y a eu en aucun temps une règle de *Common Law* distinguant les restrictions partielles des restrictions générales, et traitant les premières seules comme exceptions au principe général que les contrats *in restraint of trade* sont nuls (1) ».

Ayant ainsi affirmé l'existence de l'ancienne distinction dans la jurisprudence antérieure, Herschell s'efforçait de démontrer qu'elle n'était plus applicable dans

en outre, la très puissante sanction de Willes et Keating J. J. qui, après la mort de M. J. W. Smith, éditérent les notes de sa collection de *Leading cases* » (1894, A. C., p. 544).

Lord Morris affirmait également l'existence de la règle dans la jurisprudence antérieure. « Mais j'exprimerai, disait-il, l'opinion que, sans parcourir les nombreux cas dont se sont si complètement occupés dans la Cour d'Appel leurs seigneuries, le poids de l'autorité jusqu'au temps présent a été en faveur de la proposition que les restrictions générales au commerce sont nécessairement nulles » (1894, A. C., 574-75).

(1) 1894, A. C., p. 546.

les circonstances actuelles, alors que les conditions économiques étaient essentiellement différentes de celles qui existaient au moment de son établissement (1). Il convenait, par conséquent, de l'abroger franchement ;

(1) Car, « en considérant les applications de la règle, dit-il, et les limitations s'il y en a, qu'elle comporte, je pense qu'il faut avoir égard aux conditions modifiées du commerce et aux moyens de communication qui ont été développés dans les années récentes. N'en pas tenir compte serait négliger la substance de la règle dans une aveugle adhérence à sa lettre. Newcastle-upon-Tyne est à toutes fins pratiques aussi proche de Londres aujourd'hui que des bourgs, qui sont maintenant regardés comme faubourgs de la métropole, l'étaient il y a un siècle. Une commande peut être envoyée à Newcastle plus promptement qu'elle n'aurait été transmise d'un bout de Londres à l'autre, et des marchandises peuvent être transportées entre les deux cités en quelques heures et à moindres frais comparativement. La concurrence a pris des proportions complètement différentes dans ces conditions modifiées, et ce qui n'aurait été autrefois qu'une charge pour le promettant peut être actuellement nécessaire pour donner une protection raisonnable au stipulant. Quand lord Macclesfield insistait sur la distinction entre une interdiction générale d'exercer une industrie dans le royaume et une interdiction limitée à une place particulière, la raison qu'il donnait pour la distinction était que la première de ces interdictions devait être nulle, n'étant d'aucun bénéfice à l'une ou à l'autre des parties et étant uniquement oppressive, comme ce sera démontré dans la suite. Il revenait sur le sujet plus tard en donnant les raisons pour lesquelles toutes les restrictions volontaires sont regardées avec défaveur par la loi en ces termes : « Troisièmement, parce que, dans un grand nombre de cas, elles ne peuvent être d'aucune utilité au stipulant, ce qui se présente dans tous les cas de restrictions générales pour l'ensemble du royaume ; car qu'importe à un commerçant à Londres ce que fera un autre à Newcastle ? Et sûrement il serait déraisonnable d'imposer une perte certaine à une partie sans aucun bénéfice pour l'autre. Le droit romain ne sanctionnerait pareil contrat par une action..... Il y a d'autres passages dans le jugement où cette vue est fortifiée. Il n'y a pas de doute que, au regard de quelques professions et occupations commerciales, il est aussi vrai aujourd'hui qu'il l'était autrefois, qu'il n'est guère concevable qu'il puisse être nécessaire afin d'assurer une protection raisonnable au stipulant que le promettant s'interdise de poursuivre

car, les mêmes raisons qui avaient conduit à l'adoption de la règle requéraient qu'il fut ouvertement reconnu qu'on ne pouvait plus s'y tenir dans tous les cas. Le

cette profession ou occupation en quelque lieu que ce soit en Angleterre. Mais on ne saurait mettre en doute que, dans d'autres cas, le changement des circonstances auxquelles j'ai fait allusion a rendu essentiel, si la protection requise doit être obtenue, qu'on n'attache plus d'importance aux mêmes limitations territoriales, qui n'ont été que raisonnables autrefois. Je pense donc que les mêmes raisons qui ont conduit à l'adoption de la règle requièrent qu'il soit franchement reconnu qu'on ne peut plus s'y tenir de façon rigide dans tous les cas. « My Lords » il m'apparaît qu'une étude du jugement de *Macclesfield* montrera que, si les conditions qui prévalent au jour présent avaient existé en son temps, il n'aurait pas posé une distinction rigide (*hard and fast*) entre les restrictions générales et les restrictions partielles ; car les raisons par lesquelles il justifie cette distinction n'auraient pas été fondées au point de vue du fait » (1894, A. C. 547).

Lord Morris a dit également dans le même sens : « Il me paraît toutefois que le temps est venu pour une nouvelle orientation et qu'il doit être décidé par voie d'autorité qu'il ne doit pas y avoir de différences dans les considérations légales, qui invalideront un accord, suivant qu'il s'agit de restrictions générales ou partielles au commerce. Les points à considérer, à mon avis, sont ceux-ci : Est-ce que la restriction est raisonnable et n'est pas contre l'intérêt public ? Dans le vieux temps, toutes les restrictions au commerce ont été considérées à première vue comme nulles. Une exception fut introduite, pour le cas où un engagement de s'abstenir du commerce consistait seulement à ne pas commercer dans un lieu particulier et reposait sur une considération raisonnable, tout en maintenant encore la nullité des engagements de ne point commercer du tout. Cette restriction générale était, dans l'état de choses alors existant, considérée comme n'étant d'aucun bénéfice pour le stipulant lui-même ; mais nous avons actuellement atteint une période où l'on peut dire que la science et l'invention ont presque complètement annulé et le temps et l'espace. En conséquence, il ne doit plus exister désormais aucune règle de fer (*cast-iron rule*) rendant nul tout accord de ne pas se livrer où que ce soit à une industrie. La généralité de temps et d'espace doit toujours être l'un des plus importants facteurs dans l'examen de la rationalité, bien qu'elle ne soit pas par elle-même (*per se*, un critérium décisif », (1894 A. C., 575).

procédé par lequel on détruirait cette règle rigide importait peu, pourvu qu'on pût s'en débarrasser ; mais le procédé le plus franc, c'est-à-dire l'abrogation pure et simple de cette règle, était encore le meilleur. « Est-ce que les cas, disait-il, où une restriction générale peut actuellement être tolérée doivent être regardés comme exceptions à la règle qui, je pense, a été longtemps reconnue comme établie, ou est-ce que la règle elle-même doit être traitée comme inapplicable aux conditions modifiées qui prévalent actuellement ; c'est probablement une question de mots plutôt que de fond. La dernière vue est peut-être la plus saine. Quand il a été admis une fois que, aussi bien si la clause est générale que si elle est partielle, la question de sa validité est déterminée de la même manière par la considération qu'elle excède ou non ce qui est nécessaire pour la protection du stipulant, la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles cesse d'être une distinction de droit (1) ».

(1) 1894, A. C., 548. La même préférence pour un procédé franc et direct se sent dans le passage de lord Morris que nous venons de citer (*supra*, p. 228).

Le chancelier Herschell applique ensuite le nouveau critérium de rationalité, au cas de cession d'un fonds de commerce, dans les termes suivants : « Je pense, dit-il, qu'une clause consentie en connexion avec la vente de l'achalandage (*goodwill*) d'une affaire doit être valable quand le plein bénéfice de l'achat ne peut pas être assuré autrement à l'acquéreur. Il a été reconnu dans plus d'un cas qu'il est à l'avantage du public qu'il puisse y avoir libre champ pour la vente de l'achalandage d'une affaire ou d'un commerce. C'étaient des cas de restrictions partielles. Mais il me semble que, en présence de commerces où une vente de l'achalandage sera grandement gênée, sinon empêchée, à moins qu'une clause générale ne puisse être obtenue par l'acheteur, il n'y a pas de motifs de police publique qui contrebalancent les désavantages qui se produiraient si l'achalandage était en pareil cas rendu invendable » (1894, A. C., 548).

Nous avons fait pressentir notre appréciation sur ce dernier procédé. Nous croyons qu'il est le plus loyal et le plus exact. Au lieu de recourir à l'extension des exceptions et à des distinctions plus ou moins subtiles — méthode artificielle — ou de nier l'existence même de l'ancienne règle — méconnaissance d'un fait historique certain — Lord Herschell et Lord Morris allaient beaucoup plus correctement et beaucoup plus efficacement au but, en s'inclinant devant les nécessités sociales et en affirmant que l'ancien système était devenu inapplicable dans les circonstances actuelles, et qu'il devait dès lors être ouvertement abrogé (1).

(1) Pouvait-on contester à la Chambre des Lords le pouvoir d'abroger formellement l'ancien système ? On sait qu'il y a une certaine hiérarchie entre les cours anglaises en ce qui concerne l'autorité de leurs décisions, et qu'à la tête de cette hiérarchie se trouve la Chambre des Lords qui peut abroger la loi établie par la décision d'une cour inférieure. On discute la question de savoir si cette Cour Suprême est liée par ses propres décisions. En 1801 Lord Eldon a dit que la règle de loi établie par la Chambre des Lords ne subsiste que jusqu'à ce qu'elle soit changée par cette même chambre (*Perry c. Whitehead*. 6, Ves. pp. 547-48). Mais l'avis contraire semble depuis avoir triomphé et Lord Campbell, suivi par d'autres magistrats, a affirmé, à maintes reprises, que la Chambre des Lords est liée par ses décisions antérieures (POLLOCK : *A first Book of Jurisprudence*, London, pp. 310-317).

Quoi qu'il en soit, l'ancienne distinction établie par le cas *Mitchel c. Reynolds* et par les cas postérieurs n'émanait pas de cette haute juridiction, et n'avait pas, dès lors, une autorité inébranlable. La Chambre des lords, certainement, pouvait en droit l'abroger formellement, comme l'ont d'ailleurs affirmé Cotton L. J. et Bowen L. J. dans le cas *Davies c. Davies*. « Si quelqu'un, a dit Cotton, peut le faire (c'est-à-dire se départir de l'ancienne règle) ce doit être non pas notre Cour, mais la Chambre des Lords » (1887, 36 Ch. 386) «... S'il doit y avoir, a dit Bowen, un changement dans le principe de la *«common Law»*, il devrait émaner de la Chambre des Lords plutôt que de nous-mêmes » (1887, 36 Ch. 391).

Il est vrai, comme l'ont fait observer plusieurs juges, que la question était purement académique, puisque le résultat pratique de tous les procédés était le même : la destruction de l'ancien système. Néanmoins il importe au point de vue doctrinal, qui garde sa valeur à côté du point de vue pratique, de constater l'ingéniosité déployée par les magistrats anglais pour se débarrasser de la vieille règle.

CHAPITRE II

Construction d'une théorie nouvelle.

SECTION I

Le « Standard » de rationalité.

Nous avons suivi le dégagement de la règle de raison dans son application au domaine spécial des restrictions partielles. Avec le cas *Nordenfelt* la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles est définitivement détruite comme nous venons de voir ; le *standard* souple de rationalité dans toute la matière remplace les classifications rigides et artificielles, et le mouvement en faveur de la liberté du contrat, qui s'est développé parallèlement, règne partout.

C'est le *Standard* de rationalité qui, désormais deviendra la clef de voûte de tout le problème. Nous l'examinerons à un triple point de vue.

§ 1. — LA RATIONALITÉ ENVISAGÉE AU POINT DE VUE DU STIPULANT.

La clause restrictive ne doit pas excéder la mesure nécessaire à la protection des intérêts du stipulant. Cette mesure varie suivant la nature de chaque profession et

de chaque branche d'industrie ou de commerce (1). C'est précisément cette variabilité qui fait la souplesse du *Standard* et son adaptabilité à chaque cas particulier. Ainsi la profession d'un chirurgien ou celle d'un dentiste n'exige pas pour sa protection la même étendue d'espace que la profession d'un avocat qui pourrait travailler par correspondance ou par des « agents » et élargir ainsi singulièrement sa sphère d'action (2). Une entreprise

(1) C'est ainsi que Herschell a dit : « Lord Langdale s'est exprimé ainsi : (*Whittaker c. Howe*). D'accord avec la Cour des « Plaid communs » que, dans des cas pareils, aucune limite certaine et précise ne peut être établie, dans laquelle la restriction serait raisonnable et au delà de laquelle elle serait excessive, ayant égard à la nature de la profession, à la limitation du temps et à la décision que la distance de 150 milles ne contient pas une limite déraisonnable, je dois dire, comme Lord Kenyon a dit dans *Davis c. Mason* : « je ne vois pas quelles limites sont nécessairement déraisonnables et je ne sais pas comment tracer la ligne » (1894, A. C., p. 545).

De même Smith L. J. a dit : « A mon avis, la limite d'espace dans tous les cas doit nécessairement varier avec les circonstances toujours changeantes qui résultent du développement du commerce, et avec les circonstances variables des branches particulières de l'industrie, et, prenant en considération ce qu'est l'entreprise du demandeur, la limite, bien que co-extensive avec le monde, n'est pas dans mon opinion déraisonnable » (1893, 1 Ch., p. 674).

Dans les notes de Smith sur le cas *Mitchel c. Reynolds* on lit le passage suivant : « En examinant si une restriction est plus grande que ce qui est nécessaire pour la protection du stipulant, on doit toujours tenir compte des conditions du commerce et des affaires, et des moyens de communication existants, au moment ou l'accord restrictif a été conclu (SMITH, *Leading Cases*, 1 c. p. 480).

(2) Nous citons ici quelques exemples empruntés à la deuxième phase dans laquelle le *Standard* de la rationalité régnait déjà dans le domaine des restrictions partielles. On trouvera d'autres applications examinées en détail dans la section suivante. Dans *Davis c. Mason* (5 T. R. 118) un chirurgien s'était engagé à ne pas pratiquer sa profession dans un espace de 10 milles autour de la résidence du demandeur. La restriction a été jugée raisonnable (Cf. aussi *Hayward*

qui a un caractère universel avec une clientèle étendue à tout un pays ou au monde entier exige évidemment une protection beaucoup plus large que ne l'exige une

c. Young, 2 Chitty 407 ; *Atkins c. Kinnier*, 4 Exch 776) Dans *Mallan c. May* (11 M. W. 653). l'assistant d'un dentiste s'était engagé à ne pratiquer cette profession après l'expiration de la durée de ses services ni à Londres, ni ailleurs en Angleterre ou en Ecosse. La clause restrictive fut jugée divisible. On la considéra comme valable seulement dans la mesure où elle s'étendait à Londres, bien que cette ville eut plus d'un million d'habitants. En prononçant le jugement le Baron Parke a fait remarquer qu'il doutait que le peuplement comparatif des régions particulières doive aucunement entrer en considération. S'il le devait, il serait difficile d'exclure d'autres (facteurs) tels que le nombre d'hommes exerçant la même profession, les habitudes des gens dans cet endroit, et d'autres facteurs d'un caractère mobile et incertain... Il vaudrait mieux établir une limite qui, en toutes circonstances, soit suffisante pour les intérêts de la partie contractante, et, quand la limite stipulée n'excède pas cette mesure, prononcer la validité du contrat ». Dans *Bunn c. Guy* (4 East 190) un *attorney* avait vendu son cabinet de travail et s'était engagé à ne pas exercer sa profession dans un espace de 150 milles ; la clause restrictive a été jugée valable, sa vaste étendue étant exigée par la nature même de la profession. La profession d'avoué (*solicitor*) exige une grande étendue de protection ; « quelques avoués a dit Lord Macnaghten ont des correspondants dans presque tous les centres d'affaires du Royaume. Ainsi dans *Howard c. Woodward*, 34 L. J. Ch. 47) l'étendue de la protection considérée comme valable a été Weymouth et Melcombe Régis ou 50 milles autour. Dans *May c. O'Neill* (44 L. J. Ch. 660) cette étendue a été Londres, Middlesex et Essex. La profession d'un comptable (*accountant*) exige une aire de protection plus large que celle d'un dentiste. (*Isitt and Jenks c. Ganson*, 43 Sol. J. 744). Dans le cas d'un artiste de *Music Hall*, la clause restrictive qui s'étendait à 5 milles autour du théâtre de Canterbury a été jugée déraisonnable (*Canterbury and Paragon Lt. c. Marie Lloyd*, 1898, 43 Sol J. 63) tandis que dans un autre cas l'étendue de 20 milles autour de *Manchester* a été considérée comme valable (*Tivoli Manchester Ld. c. Colley*, 1904, 20 T. L. R. 437). Dans le cas *Harms c. Parsons* (32 Beav. 328) l'étendue de la protection était de 200 milles autour de Birmingham pour un fabricant d'objets de crins. Une restriction qui est raisonnable pour un directeur, un voyageur de commerce ou un employé ayant une situation confidentielle, peut devenir déraisonnable pour

entreprise locale. La clause restrictive dans le premier cas pourrait être générale.

Les cinq catégories de limitations que nous avons étudiées dans la deuxième phase n'ont plus une valeur absolue, mesurée d'avance et schématiquement. Elles sont de simples facteurs dans l'appréciation de la rationalité. Leur absence ne rend pas nécessairement nulle la clause restrictive, comme leur présence ne la rend pas nécessairement valable. Elles ne sont pas « en elles-mêmes un critérium décisif ».

Ce que le stipulant veut habituellement voir protéger par la clause restrictive, ce sont les secrets de commerce, les procédés particuliers à l'entreprise, le nom commercial, et surtout la clientèle. Nous avons déjà vu que, même sans stipulation expresse, il y a une garantie implicite à la charge du vendeur du fonds de commerce, ou à la charge de l'employé, mais cette garantie ne fournit pas une protection complète pour l'acheteur ou pour le patron (1).

A quel moment faut-il se placer pour apprécier la rationalité de la clause restrictive vis-à-vis du stipulant ?

un porteur, un groom etc... (*Mineral Water Bottle Exchange c. Booth*, 36, C. D. p. 474). — *Peeaks c. Cullen*, 28 T. L. R. 371 ; *Jacoby c. Whitmore*, 32 W. R. 18. Pour d'autres applications voir aussi : *Rousillon c. Rousillon*, 14 C. D. 351 ; — *Badische Anilin und Soda Fabrik c. Schott Segner and Co* 1892, 3 Ch. 447 ; — *Morris c. Ryle* (26 T. L. R. 678) ; — *Morse c. Fowler* 44, Sol J. 89 ; *Continental Tyre and Rubber Co c. Heath* (29 T. L. R. 308) ; — *Wood c. Jones* (81 L. T. 169) ; *Hornor c. Graves* (7 Bing 735) ; — *Whittaker c. Howe* (3 Beav. 383) ; — *Leather Cloth Co c. Lonsont* (9 Eq. 345), — *Caribonum c. Le Couch* (109 L. T. 385, 587) ; — *Allsopp c. Wheatcroft* (15 Eq. 59) ; — *Gale c. Reed* (8 East 80) ; — *Jones c. Lees* (1 H. N. 189) ; — *Vernon c. Hullam* (34 Ch. 748).

(1) *Elves c. Crofts* (10 C. B. 241) ; *Ballachulish c. Grant* (5 *Fraser's Sessions Reports*, 1105).

C'est au moment de la conclusion du contrat qu'il faut se placer quels que soient les changements qui sont survenus après. Si une clause restrictive était raisonnable à ce moment, elle doit être considérée comme valable, même si des circonstances postérieures (ex. amoindrissement de l'entreprise protégée) l'ont rendue déraisonnable, et, inversement, si elle était déraisonnable à l'origine, elle n'est pas rendue raisonnable par des circonstances subséquentes (ex. agrandissement de l'entreprise (1). Dans le cas *Lamson Pneumatic Tube C. Phil-lipps* (2) il a été décidé que la période critique qu'il faut regarder c'est le moment où le contrat a été conclu.

Cette solution pourrait s'expliquer à la rigueur par la nécessité de la fixité des situations : celui qui a acquis un droit (la validité de la clause restrictive) ne devrait pas être trompé dans son attente par des circonstances ultérieures et étrangères à sa volonté ; et, inversement, celui qui n'a point de droit acquis ne devrait rien acquérir par l'effet de pareilles circonstances. On peut donner aussi une explication purement logique : un contrat ne saurait être valable et nul à la fois ; du moment qu'il est valable ou nul au moment de sa conclusion, il reste tel jusqu'à ce qu'un événement juridique se produise qui puisse détruire son efficacité ; des circonstances étrangères au contrat ne sauraient avoir cet effet.

Quelle que soit la force de ces arguments, on ne peut pas s'empêcher de manifester quelque étonnement en constatant qu'une doctrine, destinée à évoluer sans cesse pour s'adapter au changement des circonstances reste indifférente à ce même changement quand il s'agit

(1) *Elves c. Crofts* (10 B. C. 241) *Ballachulish c. Grant* (5. *Fraser's Sessions Reports*, 1105)

(2) 91 L. T., pp. 367, 370.

d'apprécier la validité d'une clause restrictive déterminée (1).

§ 2. — LA RATIONALITÉ ENVISAGÉE AU POINT DE VUE
DU PROMETTANT

Les intérêts du promettant ne sont pas nécessairement en conflit avec ceux du stipulant. Quand il s'agit de la cession d'un fonds de commerce, et que le vendeur veut se retirer des affaires, il est intéressé autant que l'acheteur à s'imposer une restriction qui garantisse la pleine jouissance de l'entreprise par ce dernier ; car, ayant l'intention de se retirer, la clause restrictive, si large soit-elle, ne la gênera en rien ; au contraire, la possibilité de contracter cette clause lui fournira le moyen d'obtenir le plus haut prix de son affaire. Dans cette hypothèse, la clause restrictive, du fait même qu'elle est raisonnable vis-à-vis du stipulant, devient raisonnable vis-à-vis du promettant. C'est surtout à ce point de vue que les juges du cas Nordenfelt ont envisagé la question. On ne trouve pas encore dans cette phase l'antagonisme entre les intérêts des deux parties, qui se manifeste le plus

(1) Comme atténuation à la rigueur de cette solution, il semble avoir été décidé que, dans les contrats de louage de service, on peut prendre en considération, pour apprécier la rationalité de la clause restrictive, l'expansion prévue de l'entreprise protégée pendant la durée des services (*Lamson Pneumatic Tube Co c. Phillips* : 91 L. T., 368), mais non pas une entreprise nouvelle que le patron pourrait songer à ajouter à la première (*Dubowski c. Goldstein*, 1896, 1 Q. B., p. 478 ; *Davies Turner & Co c. Lowen*, 64 L. T., 655 ; mais voir *contra Bromley c. Smith*, 1909, 2 K. B., 241).

Nous avons déjà examiné une question voisine, celle de savoir si une clause restrictive, formulée en termes assez larges pour englober des hypothèses où elle serait déraisonnable, hypothèses qui n'ont pas été prévues par les parties, est valable ou nulle.

souvent dans le cas des contrats de louage de service. C'est ainsi que Herschell L. C. a dit « Je pense qu'une clause, passée en connexion avec la vente de l'achalandage d'une affaire, doit être valable quand le plein bénéfice de l'achat ne peut pas être assuré autrement à l'acquéreur... Mais il me semble que, s'il se rencontre des occupations où une vente de l'achalandage sera grandement entravée, sinon empêchée, à moins qu'une clause générale, ne puisse être obtenue par l'acheteur, il n'y a pas de motifs de police publique qui contrebalancent le désavantage qui se produirait si l'achalandage était en pareil cas rendu invendable (1) ».

L'harmonie existe donc entre les intérêts de deux parties du fait même qu'elles sont, toutes deux, intéressées à conserver leur liberté de contrat. Même en envisageant le cas où le promettant est intéressé également à conserver dans une certaine mesure sa liberté de travail, comme notamment en matière de louage de services, les juges du cas Nordenfelt affirment l'existence d'une certaine solidarité entre les intérêts des parties, résultant du fait que l'employé a encore intérêt à contracter la clause restrictive nécessaire pour la protection de son patron, afin de pouvoir louer ses services dans les conditions les plus favorables. Ils estiment qu'il n'y a pas à cet égard de différence essentielle entre le cas du contrat de travail et le cas de la cession d'un fonds de commerce. C'est ainsi que Lindley L. J. vise indistinctement ces deux hypothèses en disant « ... Il était également contraire à la police publique d'interdire à un homme de vendre ses services ou son affaire à son plus grand avantage, et le prix qu'il pourra obtenir de ces services

(1) 1894, A. C., 548.

ou de cette affaire dépendra naturellement de la question de savoir s'il était ou n'était pas libre de concurrencer l'acquéreur » (1).

Il faut attendre jusqu'à la quatrième phase pour voir apparaître une distinction entre deux situations qui, pourtant, sont essentiellement différentes à ce point de vue. Si, dans le cas de cession de fonds de commerce, il est vrai que le vendeur est le plus souvent autant intéressé que l'acheteur à conserver sa liberté de contrat, il est évident que, dans le cas de louage de service, l'employé, bien qu'intéressé à garder dans une certaine mesure sa liberté de contrat, est encore plus intéressé à conserver sa liberté de travail, qui est le plus souvent le seul moyen pour lui d'assurer son existence.

C'est alors qu'un conflit se produit entre les intérêts du stipulant et ceux du promettant. Il s'ensuit qu'une certaine conciliation entre ces intérêts contradictoires devient nécessaire pour que la clause restrictive soit raisonnable vis-à-vis des deux parties. Nous reviendrons sur cette question en étudiant la quatrième phase.

Il nous suffit ici de constater que, faute de distinguer entre les deux séries d'hypothèses, on est arrivé à confondre pendant la troisième phase aussi bien que pendant la deuxième, en ce qui concerne les restrictions partielles (2), les intérêts des deux parties en appréciant

(1) 1893, 1. Ch., 647.

(2) Pendant la deuxième phase on voyait encore un autre avantage à ce que le promettant conserve sa liberté de contrat pour s'imposer la clause restrictive qui serait nécessaire à la protection du stipulant. Il pourrait ainsi gagner la confiance de ce dernier qui lui communiquerait les secrets de l'affaire et lui faciliterait l'acquisition de l'expérience professionnelle. Dans *Mallan c. May* (11 M. et W. 653), le baron Parke a dit : « Dans un pareil cas (c'est-à-dire

la rationalité de la clause restrictive vis-à-vis d'elles (1).

§ 3. — LA RATIONALITÉ ENVISAGÉE AU POINT DE VUE
DU PUBLIC.

En envisageant les intérêts du public il faut tenir compte de deux considérations : la nécessité de maintenir la liberté de travail et celle de maintenir la liberté de contrat.

A. Quant à la liberté de travail, le public y est intéressé pour assurer un régime de libre concurrence qui puisse empêcher le monopole et stimuler l'initiative

(cas de louage de service avec une clause restrictive) le public tire un avantage du choix illimité des assistants capables, qu'une telle stipulation donne au patron, et de la garantie qu'elle lui apporte que le maître ne s'abstiendra pas d'instruire le serviteur des secrets de son commerce et de lui communiquer sa propre habileté et son expérience, dans la crainte de se créer pour l'avenir un concurrent dans la même affaire ».

(1) Il faut formuler ici une réserve : Lord Macnaghten, dans son opinion à la Chambre des Lords, a déjà ébauché la distinction entre le cas de cession d'un fonds de commerce et celui de louage de service.

L'existence d'une considération, qui était au début de la deuxième phase une condition essentielle pour la validité de la clause restrictive partielle, et qui était devenue vers la fin de la deuxième phase un élément dans l'appréciation de la rationalité, n'avait pas encore complètement perdu son individualité ; cette condition avait persisté sous la forme modeste d'une considération appréciable et légale et il y avait même une certaine différence entre la considération dans la matière spéciale des *restraints of trade* et la considération dans la théorie générale des contrats. Dans la troisième phase nous croyons que la considération a été complètement absorbée par la rationalité et qu'elle est devenue un simple élément dans l'appréciation de celle-ci quand elle est envisagée au point de vue du promettant ; la clause restrictive ne serait raisonnable vis-à-vis de celui-ci que s'il avait reçu une considération suffisante pour justifier la restriction qu'il s'est imposée.

privée. Pendant les deux premières phases, ce fut surtout la crainte d'un régime de monopole qui orienta la jurisprudence anglaise dans une voie hostile aux clauses restrictives. Avec la troisième phase cette crainte s'est atténuée et a perdu beaucoup de son importance. On lit par exemple, le passage suivant dans l'opinion de Lindley L. J. « L'intérêt du public est, sans doute, contraire aux monopoles et aux restrictions au commerce ; mais son intérêt est aussi de permettre à ses membres de conduire les affaires qu'ils préfèrent, et d'abandonner et vendre à leur plus grand profit les affaires qu'ils ne veulent pas, pour une raison quelconque, continuer » (1).

Il laisse voir dans ce passage que la crainte du monopole ne doit pas effacer la nécessité de maintenir la liberté de contrat. Cependant il ne faut pas croire que le souci de la protection contre le monopole soit devenu négligeable pendant la troisième phase. Si le public est intéressé à maintenir la liberté de contrat, ce n'est qu'indirectement comme nous allons le voir. Par contre, il est intéressé directement à empêcher un régime de monopole qui atteindrait, non pas tel ou tel individu, mais toute la communauté (2). Il ne faut pas, par conséquent perdre

(1) 1893, 1 Ch., 646.

(2) Dans le cas *Attorney General of the Commonwealth of Australia c. Adelaide Steamship Co* (Privy Council, 1913, A. C., p. 781). Parker of Waddington a dit : « Par conséquent, bien qu'un nouvel examen d'ensemble du sujet puisse s'imposer un jour, il y a pour l'instant des motifs pour supposer qu'un contrat *in restraint of trade*, bien que raisonnable pour les intérêts des parties, puisse être déraisonnable pour les intérêts du public, s'il a été calculé de façon à produire l'état des choses que les Lords Juges Lindley et Bowen désignent comme un monopole pernicieux, c'est-à-dire un monopole calculé pour hausser les prix dans une mesure déraisonnable ».

de vue cette considération importante en appréciant la rationalité de la clause restrictive (1).

Le monopole est plus redoutable encore lorsqu'il s'agit de certains services indispensables à la commu-

(1) Lindley L. J. a dit : « Dans *Rousillon c. Rousillon* le Lord Justice Fry, dans un des admirables jugements qui l'ont rendu si justement célèbre, arrive à la conclusion que le seul critérium par lequel on détermine la validité ou l'invalidité d'une clause *in restraint of trade* donnée en échange d'une considération appréciable est sa rationalité pour la protection du commerce ou de l'affaire du stipulant. Ceci s'accorde avec la vue du Lord Justice James dans *Leather Cloth Co c. Lonsont* et est, à mon avis, la doctrine de laquelle les autorités modernes se sont graduellement rapprochées. Mais je ne puis regarder ceci comme définitivement réglé, ni même comme entièrement correct. La doctrine ignore la loi qui défend les monopoles et empêche une personne de s'obliger sans restrictions à ne pas gagner sa vie par la meilleure voie qu'elle peut. Nos prédécesseurs ont exprimé leurs vues sur le sujet en traçant une distinction entre les restrictions partielles et les restrictions générales au commerce, et cette distinction ne peut pas être ignorée. Mais ce qui est plus important que la nomenclature ou les classifications, c'est le principe qui se trouve à la base de l'une et de l'autre (1893, 1 Ch., pp. 649-650).

De même Bowen L. J. a dit : « La règle quant aux restrictions générales au commerce ne doit pas, à mon jugement, s'appliquer quand un commerçant ou un fabricant trouve nécessaire pour le transfert avantageux de l'achalandage d'une affaire dans laquelle il est intéressé, et pour la protection adéquate de ceux à qui il la vend, de convenir qu'il se retirera complètement du commerce dont il est en train de disposer, pourvu toujours ce que contrat soit de ceux dont la tendance n'est pas dommageable au public. Ce dernier élément de la définition ne doit pas, je pense, être négligé ; car je peux concevoir des cas où la restriction absolue peut entre les parties être raisonnable, mais pourtant tend directement à préjudicier au public, et une règle fondée sur la police publique ne doit admettre aucune exception qui produise en réalité un mal à l'égard du public. Tel pourrait être le cas, si elle (la restriction) pouvait être calculée pour créer un monopole pernicieux sur des articles pour l'usage anglais — un point que je désire laisser ouvert, et qui, eu égard au développement des syndicats et *trusts* peut un

nauté (telles certaines professions, comme celles des médecins, pharmaciens, ou certaines entreprises comme la boulangerie, les restaurants, les hôtels etc...) auxquels il importe d'assurer un fonctionnement régulier et satisfaisant. Il ne faut pas permettre d'arriver, par la multiplication systématique des clauses restrictives, à mettre le public à la merci de quelques individus sans scrupules qui chercheraient à monopoliser ces services, pour réaliser des bénéfices fantastiques en exploitant les besoins et la souffrance de leur prochain.

Enfin le public est aussi intéressé à ce que la clause restrictive ne mette pas trop d'entraves à la liberté de travail du promettant, et ne lui enlève pas les moyens de gagner sa vie ; car, en pareille hypothèse, le promettant serait réduit à la mendicité et obligé de vivre à la charge de la communauté (1).

B. Quant à la liberté du contrat, cette notion, en tant qu'elle apparaît comme intéressant le public, et non pas seulement les parties, est relativement récente. Son importance s'est accrue surtout à partir de la troisième phase (2). Elle se présente sous cet aspect : le public est

jour ou l'autre devenir extrêmement important » (1893, 1 Ch., 667-668).

Cette idée du Lord Justice Bowen a été reprise à la Chambre des Lords par Lord Chancelier Herschell (1894, A. C., p. 549).

(1) Lord Macnaghten a pris soin de montrer que dans le cas Nordenfelt cette hypothèse ne se réalisait pas : « Mais alors on dit qu'il y a une autre voie par laquelle le public peut recevoir un dommage. M. Nordenfelt a « commis un suicide industriel » et il ne peut plus désormais gagner sa vie dans l'industrie qu'il avait faite particulièrement sienne ; il peut être mis dans le besoin, et devenir une charge pour le public. « My Lords, ceci me semble être vraiment tiré de trop loin. M. Nordenfelt a reçu 200.000, etc... » (1894, A. C., p. 574).

(2) Lord Watson dans le cas Nordenfelt a dit : « Il ne semble pas

intéressé autant que l'individu, bien qu'indirectement, à ce que chacun conserve sa liberté de contrat pour pouvoir tirer le plus haut profit de ses biens ou de ses services, en offrant une garantie suffisante à son ac-

comporter de doute que la police publique de la loi soit opposée à toutes les restrictions contre la liberté d'action individuelle qui sont dommageables aux intérêts de l'état ou de la communauté. Et il n'est pas douteux que les Cours refuseront justement de mettre en force tout pacte par lequel un individu s'oblige à ne pas user de son temps et de ses talents dans l'exercice d'une profession ou d'une industrie particulière, si sa mise en force était évidemment ou probablement suivie de conséquences dommageables. Mais il ne faut pas oublier que la communauté a un intérêt matériel au maintien des règles de commerce loyal (fair dealing) entre homme et homme. Elle souffre plus grand dommage par la violation de ces règles que par des contrats *in restraint of trade* (1894, A. C., p. 552).

De même le Lord Justice Smith a dit : « Et maintenant la police publique ! Des diverses raisons données par Lord Macclesfield dans *Mitchel c. Reynolds* pour lesquelles un contrat *in restraint of trade* était nul comme étant contre la police publique, les plus importantes de beaucoup aux temps présents, sinon les seules qui existent encore, sont : 1^o qu'un homme ne peut pas être empêché de travailler à son industrie et exposé ainsi à l'indigence, et secondement, que l'Etat est intéressé à la puissance de production de ses membres. Quand un homme est laissé, non seulement en possession d'une aire ou travailler et continuer à gagner sa vie, mais est aussi mis en possession de 200.000 à 300.000 L., comme l'est le défendeur dans ce cas, et que le public n'est pas privé de l'industrie jusque-là exploitée par le défendeur, je ne peux pas voir comment, en fait, l'une ou l'autre des deux polices publiques ci-dessus mentionnées sont atteintes, et je pense qu'elles ne le sont pas. J'adhère entièrement à ce qui fut dit par Sir George Jessel dans *Printing and Numerical Registering Company c. Sampson* (L. R., 19 Eq. 462-465), à savoir qu'il y a en tout cas une autre police publique qu'il a appelée supérieure (*paramount*), à savoir que des gens majeurs et en possession de leur plein entendement doivent avoir la plus grande liberté de contracter, et que leurs contrats quand ils sont conclus librement et volontairement, doivent être tenus pour sacrés et mis en force par les cours de justice (1893, 1 Ch., 674).

quéreur. D'ailleurs, quand il s'agit de la cession d'un fonds de commerce, le public ne souffre aucunement de ce que les parties usent de leur liberté de contrat pour insérer la clause restrictive nécessaire à la protection de l'entreprise ; car, même en supposant que le vendeur soit complètement exclu du marché par cette clause, l'acheteur le remplacerait avantageusement en apportant de nouveaux capitaux et une fraîche énergie à l'entreprise (1).

(1) Lord Macnaghten dans le cas Nordenfelt dit : ... « Comment le public pourrait-il subir un préjudice par le transfert d'une affaire des mains de l'un à l'autre. Quand une affaire est profitable il ne manque pas de personnes prêtes à s'y livrer. Dans ce cas particulier les acquéreurs y ont apporté un capital frais et ont eu au moins l'opportunité de retenir les services de M. Nordenfelt » (1894, A. C., p. 574).

Dans une autre place le même magistrat a dit : « La difficulté est beaucoup plus grande quand la question de police publique est envisagée en général et sans référence directe aux intérêts de l'individu soumis à la restriction. C'est un principe de loi et de police publique que le commerce doit être encouragé et le travail doit être libre. Mais une chaîne est imposée au travail et le commerce est découragé si un homme qui a établi une affaire de valeur n'est pas autorisé à disposer des fruits de son travail à son plus grand avantage. Il a été dit que, si la restriction est générale, « tout l'ensemble du public est restreint », phrase qui n'est, je pense, ni particulièrement exacte, ni peut-être particulièrement intelligible. On a dit que, quand une personne est empêchée d'exercer son métier dans une certaine limite d'espace, elle l'exercera ailleurs, et ainsi le public, hors de l'aire de restriction gagnera un avantage qui peut être mis en balance avec le désavantage qui en résulte pour le public dans l'aire limitée. C'est peut-être une observation juste dans le cas d'apprentissage, et dans les cas de cette sorte, mais c'est, je pense, une façon fantaisiste d'envisager la chose dans le cas d'une vente de fonds de commerce. Appliqué à cette sorte de cas, cela me semble justement l'une de ces « irréalités » qui tendent à embrouiller la question. Qu'est-ce que le public a à espérer en matière de services à venir d'un homme qui vend son industrie

Par conséquent, dans l'appréciation de la rationalité de la clause restrictive vis-à-vis du public, on voit, d'une part, la préoccupation de maintenir un régime de libre concurrence et d'assurer la liberté de travail apparaître

avec l'intention de ne plus travailler ? Est-il à croire que celui-ci recommencera la lutte pour la vie en travaillant de nouveau à son ancien commerce ou profession dans quelque place éloignée où il n'a ni intérêts ni relations ? Y a-t-il possibilité qu'il puisse par là redevenir un facteur appréciable de production. Actuellement où tous les métiers et commerces sont ouverts à tous indifféremment, il n'est pas aisé d'apprécier le dommage résultant de l'exclusion d'un individu pour le public. Quand Lord Kenyon fut pressé par un argument tiré du dommage qui résulterait pour le public de Thetford du fait que les services d'un certain chirurgien déterminé lui seraient refusés, il répondit qu'il n'était pas probable que le public subit un préjudice par un accord de ce genre. Toute autre personne, ajoutait-il, a la liberté de pratiquer comme chirurgien dans cette ville (*Davis c. Mason*, 5 T. R. 118). Aussi je ne peux que penser qu'il y a beaucoup de sens commun dans la façon sous laquelle Lord Campbell a envisagé la question... « Il est clair, dit Lord Campbell, que ce serait un mal si la loi justifiait cette violation de contrat, mais il n'est nullement clair que le public retirerait un bien compensateur des publications que le défendeur cherche à faire en violation de sa promesse au plaignant » (*Tallis c. Tallis* : 1 E. et B. 391-413). Ceci naturellement n'est pas décisif en soi. C'est un élément de considération de plus ou moindre poids suivant les circonstances. Mais l'observation de Lord Campbell sert à mettre en contraste les deux principes qui doivent être ajustés dans tous ces cas, liberté du travail et liberté du contrat » (1894, A. C., pp. 566-567).

De même le Lord Justice Bowen a dit : « Mais il reste encore à examiner si cet accord peut être destiné à préjudicier au public. Il me semble que ce serait presque de la pédanterie légale, si les Cours de loi découvraient dans le contrat de M. Nordenfelt les éléments d'un danger pour la communauté. Il a convenu de disparaître du nombre de ceux qui font des canons et des munitions pour d'autres pays. Comment le public britannique pourrait-il subir des inconvénients par là ? Il cesse peut-on dire d'employer le travail anglais en tant qu'il s'agit de la fabrication de canons et de munitions. Mais il ne le fait que pour permettre à une compagnie prospère de prendre sa place, compagnie à la disposition de laquelle il a mis

comme un facteur hostile à la validité de cette clause, et, d'autre part, la préoccupation d'assurer la liberté de contrat intervenir comme un facteur favorable à la reconnaissance de sa légitimité. Il y a donc une conciliation à faire entre ces deux préoccupations contradictoires. Mais il faut remarquer que le dernier facteur (la liberté de contrat) n'est apparu que récemment, comme nous venons de voir, pour atténuer l'hostilité des intérêts du public à l'admission des clauses restrictives. Il a néanmoins tendu à prendre le dessus sur l'autre facteur, par l'effet du mouvement général qui s'est produit en faveur de la liberté de contrat, pendant la troisième phase.

En résumé la rationalité, pendant la troisième phase, est envisagée surtout au point de vue du stipulant. Du moment que la clause restrictive n'excède pas la mesure nécessaire pour la protection de celui-ci, elle est considérée comme raisonnable vis-à-vis du promettant qui peut ainsi tirer le plus grand parti de son travail ou de

pour un temps ses services, et la restriction elle-même à laquelle il a consenti ne subsistera que tant que sa place dans l'industrie sera activement remplie par la compagnie ou les successeurs auxquels elle peut à son tour revendre l'affaire. Dans la mesure où il aurait pu avoir l'occasion de fournir le gouvernement anglais de canons et de munitions, cette compagnie peut agir à sa place. Peut-on alors dire qu'un contrat par lequel il consent au transfert de son commerce de fabrication de canons et munitions pour les pays étrangers à une compagnie anglaise, à laquelle il s'engage à ne pas faire concurrence aussi longtemps que son ancien commerce sera florissant entre les mains de la compagnie, est contre la police de la loi anglaise ? L'admettre serait autrement réduire à une absurdité la loi des *restraints of trade*. Je réponds à la question par les mots de Lord Nottingham dans le cas de *Duke of Norfolk* (3 Ch. Cas. 33). Résolvons, je vous prie, les cas qui nous sont soumis de façon à ce qu'ils concordent avec la raison de l'humanité quand ils sont débattus à l'étranger » (1893, 1 Ch. p. 667).

ses biens, et raisonnable aussi en même temps vis-à-vis du public, qui est intéressé à ce que le promettant puisse se procurer les bénéfices qui sont la contre-partie de son engagement, à moins que la clause restrictive ne tende à créer un monopole.

Notons enfin, avant d'abandonner ce chapitre, que le droit américain, en ce qui concerne la théorie de la rationalité des *restraints of trade*, tire ses origines du droit anglais et en a suivi l'évolution. Toutefois, dans la jurisprudence américaine c'est surtout la crainte du régime de monopole qui est restée la préoccupation principale dans l'appréciation de la rationalité (1). De plus, bien que le *standard* de la rationalité soit appliqué maintenant par les cours américaines dans le domaine des *restraints of trade* tout entier, l'ancienne règle de l'illégalité des restrictions générales laisse encore quelque trace (2) dans leurs décisions actuelles.

(1) WILLISTON, *On Contracts*, § 1635.

(2) « Les décisions des Cours des Etats-Unis dans ces derniers temps sont également portées à faire de la rationalité de la transaction plutôt que de la considération le critère qui détermine si la promesse en question est ou non illimitée quant à l'espace. Toutefois, il n'est pas toujours dit clairement dans ces arrêts que le simple défaut de limitation quant à l'espace ne rend pas légalement une promesse non valable sans qu'il y ait à se préoccuper de la nécessité (ou de la non-nécessité) d'une restriction aussi extensive. Il n'est pas clair, non plus, si la promesse doit être considérée comme sans limitation dans l'espace, par cela seul qu'elle s'étend à l'Etat (c'est-à-dire à un seul Etat de l'Union) ou seulement quand elle s'étend à l'ensemble des Etats-Unis ». WILLISTON, *On Contracts*, § 1639).

Comme exemples de cas où une clause restrictive, qui s'étend à tout l'état de Massachusetts a été considérée comme nécessairement nulle, nous citerons les cas de : *Bishop c. Palmer* (176 Mass. 469, 16-N. E. 299 ; *Handforth c. Jackson* (150 Mass. 149, 2 2 N. E. 634) *Western Wooden-Ware Assoc. c. Starkey* (84 Mich. 76, 47 N. W.

SECTION II

Applications pratiques du « Standard » de la rationalité.

Nous choisirons ces applications pratiques parmi les cas qui ont été jugés depuis le cas *Norfendelt*. Nous

604, 11 L. R. A. 503, *Lawrence c. Kidder* (10 Barb 641). En sens contraire (la clause restrictive, même générale, est valable si elle est raisonnable), voir les cas de *Anchor Elect. C^o c. Hawkes* (171 Mass 101, 50 N. E. 509, 41 L. R. A. 189, *United Shoe Machinery C^o c. Kimball* (193 Mass. 351, 358 ; 79 N. E. 790) *Marshall Engine C^o c. New Marshall Engine C^o*, 203 Mass 410, 424 ; 89 N. E. 548.

Dans le cas *Diamond Match C^o c. Roeber* (106 N. Y. 473 13 N. E. 419, 60 Am. Rep. 464) on a décidé qu'une clause ne pouvait être considérée comme générale que lorsqu'elle s'étendait à tous les Etats-Unis ; cf. aussi *Watertown Thermometer C^o c. Pool* (51 Hun. 157 ; 4 N. Y. S. 861) ; *Brett c. Ebel* (29 N. Y. App. D. 256 ; 51 N. Y. S. 573).

Le code civil de Californie contient des dispositions (§§ 1672-1675) en ce sens que tous les contrats *in restraint of trade* sont nuls sauf en cas de cession d'un fonds de commerce, cas où le vendeur peut s'engager à ne pas s'occuper de la même affaire dans un pays déterminé, une ville ou une partie de pays ou de ville, et sauf aussi dans le cas de dissolution d'une société, cas où l'ex-associé peut prendre le même engagement pour tout l'ensemble d'une ville. Ces dispositions législatives ont été copiées par les *Revised Statutes* d'Oklahoma (1910 §§ 978-980), par le Code Civil de *South Dakota* (§§ 1277-1279) et les *Compiled Statutes* de North Dakota (§§ 5928-5930).

Dans le cas de *Lufkin Rule C^o c. Fringeli* (57 Ohio St 596, 49 N. E. 1030, 411 L. R. A. 185), une clause restrictive insérée dans un contrat de cession de fonds de commerce et qui s'étendait à tous les Etats-Unis pour une durée de 25 ans fut considérée comme nulle, sans qu'on examinât si cette clause était raisonnable ou non ; cf. aussi dans le même sens (nécessité d'une limitation territoriale) les cas de *Lanzit c. J. W. Sefton Mfg C^o* (56 N. E. 393) ; — *Union Strawboard C^o c. Bonfeld* (193 111 420 ; 61 N. E. 1038) ; — *Linneman c. Allison* (142 Ky 309 ; 134 S. W. 134). Mais, dans des cas nombreux, le *Standard* de rationalité a été appliqué aux clauses restrictives gé-

verrons comment le *standard* de rationalité a été appliqué aux cas où l'entreprise avait une portée universelle ou quasi-universelle et à ceux où l'entreprise était locale.

§ 1. — ENTREPRISE A PORTÉE UNIVERSELLE OU
QUASI-UNIVERSELLE.

A. *Cas Nordenfelt*. — C'est l'un des cas les plus caractéristiques de clause d'interdiction de commercer destinée à protéger une affaire d'extension vraiment universelle (1)

Après avoir reconnu que la clause restrictive consentie par Nordenfelt était divisible (2) et l'avoir effectivement

nérales aussi bien qu'aux limitations partielles, à l'instar de la jurisprudence anglaise ; ex : *Cropper c. Davis* (243 Fed. 310,) *Pratt Ferrel* (166 Fed. 702,) ; — *Harrison c. Glucose Sugar Refining Co* (116 Fed. 304, 308 ; 488 58 L. R. A. 915 c.) ; — *Carter c. Alling* (43 Fed. 208, 211) ; — *Harbison Walker & c. Co & Stanton* (75 Atl. 988) *Swigert c. Tilden* (97 N. W. 82, 63 ; L. R. A. 608) ; *Kochenrath & Christman* (203 S. W. 738).

(1) Cf. par exemple, le dictum de lord Watson déjà cité (1894, A. C. p. 551).

(2) C'est ainsi que le Lord Justice Lindley a dit : « L'objet essentiel et la principale affaire de la Compagnie plaignante était d'acheter et exploiter les affaires de la Maxim Gun Co et de la Nordenfelt Gun and Ammunition Co, c'est-à-dire les affaires de manufacture de canons..... d'explosifs, de poudres de canons ou de munitions. Ces affaires sont de nature à rencontrer la concurrence partout, en Grande-Bretagne et en dehors de la Grande-Bretagne. Les principaux clients de la Compagnie plaignante doivent naturellement être cherchés parmi les gouvernements du monde entier. Au point de vue commercial, il est difficile, sinon impossible d'assigner aucune limite dans laquelle une affaire rivale puisse être menée sans dommage sérieux à la compagnie plaignante. Les autres affaires que la compagnie plaignante peut conduire sont faciles à distinguer de l'affaire ci-dessus, et ne sont pas des affaires dans lesquelles il soit vraisemblable que le défendeur devienne un rival..... La clause est divisible et si, comme je pense que c'est le cas, la clause est trop large dans son application

divisée, les juges de la Cour d'Appel et de la Chambre des Lords ont reconnu que, même après cet émondage judiciaire, elle gardait son caractère général (1). Ils se sont efforcés à établir que, malgré cela, elle était raisonnable d'abord par rapport au stipulant (6), raison-

à toute affaire que la Compagnie peut poursuivre pendant 25 ans, encore la clause peut être et est-elle valable au regard du commerce de canons et munitions de guerre (1893, 1 Ch., pp. 644-45, 650).

Le lord Justice Smith a dit : : Je suis d'avis que la portion de la clause qui interdit au défendeur de se livrer à aucune affaire qui puisse se trouver en concurrence ou être susceptible de concurrencer, de quelque façon que ce soit, les affaires qu'exploitera la Compagnie, est séparable du reste sur le principe du *Mallan c. May, Price c. Green* et autres cas nombreux postérieurs » (1893, 1 Ch., p. 668).

(1) A la Chambre des Lords, Lord Macnaghten a dit : « La stipulation a consisté en ceci que M. Nordenfelt pendant une durée de 25 ans à partir de la date de la constitution de sa compagnie et dans la mesure où la compagnie continuera son commerce pendant ce temps ne devra pas se livrer autrement que pour le compte de la Compagnie, directement ou indirectement, au commerce de manufacture de canons, poudre à canon, explosifs et munitions ». Jusqu'ici la clause a été considérée comme bonne. Puis viennent les mots « ou à une autre affaire en compétition avec celle qu'exploitera la compagnie à cette époque ». Une réserve (*proviso*) a été ajoutée pour préciser que l'interdiction ne s'appliquerait point aux explosifs autres que les poudres à canon.....La dernière partie de la clause qui s'étend à toute affaire concurrente peut être négligée. En présence de la diversité des objets que s'assigne la société dans ses statuts (*memorandum of association*) il a été admis par la Cour d'appel qu'elle était nulle. Et il n'y a pas eu d'appel contre cette partie de sa décision. La réserve finale (*proviso*) peut aussi, je pense, être mise de côté. Elle constitue une des circonstances à prendre en considération pour la solution de la question de la rationalité de la convention. Mais elle n'est pas, à mon avis essentielle à la validité de cette clause (1894, A. C., p. 560).

(2) Le Lord Chancelier Herschell a dit : « Il me semble impossible de douter qu'il est démontré que la clause n'est pas plus large qu'il n'est nécessaire pour la protection des intimés (la compagnie cessionnaire du fonds de commerce). Les faits parlent d'eux-mêmes. Si la

nale ensuite à l'égard du promettant (1) et raisonnable

clause embrassait quelque chose de moindre que l'ensemble du Royaume-Uni, il est évident qu'elle serait illusoire. Les seuls clients des intimés doivent être trouvés parmi les gouvernements de ce pays et des autres pays, et il est pratiquement sans importance pour eux que l'affaire soit menée dans une partie du Royaume-Uni ou dans une autre..... » (1894, A. C., pp. 549-550).

De même le Lord Justice Smith a dit « Et maintenant la limite d'espace. L'affaire des plaignants est mondiale. Il n'y a guère de place importante dans aucun quartier du monde où ils n'exercent leur commerce, et par conséquent, d'où une concurrence ne puisse s'élever. Comment pourrait-on dire exactement qu'une restriction qui n'est que co-extensive avec l'aire dans laquelle commercent les plaignants est déraisonnable et apporte plus qu'une protection équitable à leurs intérêts ? A mon jugement la limite d'espace dans tous ses cas doit nécessairement varier avec les circonstances toujours changeantes qui résultent du développement du commerce et la situation variable de chaque commerçant. Et, en tenant compte de ce qu'est le commerce des plaignants, la limite quoique co-extensive avec le monde, n'est pas à mon avis déraisonnable. A mon avis les limites de temps et d'espace dans ce cas particulier ne font rien de plus qu'apporter, une protection équitable aux plaignants (1893, 1 Ch., pp. 673-74) ; cf. aussi les dicta des Lords Justice Lindley (1893, 1 Ch., p. 651), Bowen (1893, 1. Ch., p. 664) Ashbourne (1894, A. C., p. 559) et Morris (1894, A. C., p. 575).

(1) Le Lord Justice Lindley a dit : « La durée de la clause est confinée à 25 ans, si la Compagnie ou ses successeurs dans ses affaires continuent pendant ce temps à exploiter l'affaire. Je ne regarde pas cette limite de temps comme illusoire et équivalente à la vie du promettant, quoique sans doute elle puisse couvrir toute sa vie commerciale étant donné son âge quand il a conclu le contrat. D'autre part, le défendeur peut vivre et exercer le commerce pendant longtemps après avoir atteint 71 ans, ce qui serait son âge à la fin des 25 ans. Le défendeur est libre d'exercer une affaire de fabrication d'explosifs, autre que des explosifs de poudre à canon.

... En tant qu'il s'agit des intérêts de la Compagnie plaignante et du défendeur, je ne puis voir quoi que ce soit de déraisonnable dans le fait qu'une personne ayant acquis de l'habileté dans diverses affaires et âgée de 46 ans, vende quelques-unes de ses affaires en se réservant les autres pour elle-même, et s'engage à ne pas concurrencer pendant 25 ans l'acheteur de l'affaire qu'elle vend. De quel point de

enfin par rapport au public (1). Ils sont arrivés ainsi à établir sa validité.

vue pareil pacte serait-il déraisonnable? Pas de celui de l'acheteur. Il n'est en aucune façon lésé, à moins qu'il n'ait payé un trop haut prix pour ce qu'il obtient. Il ne l'est pas non plus pour le vendeur. Il obtient un meilleur prix de ce qu'il souhaite vendre et il retient le droit de mener les seules affaires qu'il désire mener » (1893, 1 Ch., p. 645). Cf. aussi les dicta du Lord Justice Smith (1893, 1 Ch. 669) et de Lord Macnaghten (1894, A. C., p. 574).

Il est à remarquer que presque tous les magistrats à la Chambre des Lords ont tenu à démontrer que la clause restrictive dans le cas Nordenfelt était liée, non pas à un contrat de louages de service, auquel cas il n'y aurait pas eu une considération suffisante pour rendre la clause raisonnable vis-à-vis du promettant, mais à un contrat de cession de fonds de commerce conclu dès le début par le promettant. C'est ainsi qu'on peut constater que la considération persiste encore, mais comme un simple élément dans l'appréciation de la rationalité. Pour l'allégation de l'appelant, voir (1894, A. C., p. 537) et pour les dicta des juges (1894, A. C., pp. 539-541 ; 551-555 ; 559-560).

(1) Le Lord Justice Lindley a dit à ce propos : « Le public c'est-à-dire le public anglais ou britannique, est-il lésé par pareil pacte? Je ne vois pas comment. Le public, sans doute, est privé des avantages qui peuvent découler du soin donné par le défendeur personnellement à quelques affaires, à moins qu'il ne les exerce pour le compte de la compagnie plaignante; mais, d'autre part, le public obtient les avantages qui peuvent découler de ce qu'il donne son attention personnelle aux autres affaires qu'il a décidé de retenir et auxquelles il a préféré se dévouer. Au regard de l'idée de monopole, la compagnie plaignante, comme cessionnaire des brevets du défendeur, obtient le droit exclusif d'user d'eux partout et de quelque façon que ce soit en Angleterre, tant qu'ils resteront en force, et d'empêcher le défendeur de s'en servir pendant quelques années au delà. Ce ne peut guère être considéré comme contraire à la police publique » (1893, 1 Ch., p. 646). Plus loin, le même magistrat dit : « En outre, nos pré-décesseurs, dont nous avons hérité cette branche de la loi, n'auraient jamais pensé qu'il fut contraire à la police publique d'empêcher un homme d'aider des étrangers à concurrencer un commerçant anglais auquel il a vendu sa propre affaire (1893, 1 Ch., p. 651). Dans le même sens Lord Watson a dit : « Je m'aventure à douter que ce soit actuellement ou que ç'ait jamais été une partie essentielle de la police de

B. *Underwood & Son Lt. c. Barker* (1). — Les plaignants, marchands de paille à Brentfort, y exerçaient un commerce de gros et de détail, s'étendant dans le Royaume Uni, la France, la Belgique et le Canada, et avaient des places permanentes d'affaires dans le Royaume Uni et en France. En 1897 ils engagèrent à leur service le défendeur comme employé de bureau (*clerc*) à Calais ou ailleurs à un salaire hebdomadaire de 35 s. Le défendeur s'était engagé, pendant la durée de 12 mois après qu'il aurait quitté le service ou aurait été congédié, à ne pas exercer le commerce de paille et foin, et à ne pas entrer au service d'une personne ou firme exerçant ce commerce dans le Royaume Uni, la France, le Royaume de Belgique, la Hollande ou le Dominion du Canada. En novembre 1898 il quitta volontairement la maison Underwood et entra au service d'un marchand de paille et foin à Londres.

Il fut jugé par le Maître de Roles Lindley et le Lord Justice Rigby, confirmant le jugement du juge Kekewich, que la restriction imposée au défendeur n'était pas déraisonnable, au moins en tant qu'elle concernait le Royaume Uni; qu'elle n'était pas contraire à la police publique; que, par conséquent, elle était valable et qu'une injonction devait être délivrée (2). Mais l'un des

l'Angleterre d'encourager une concurrence sans entraves dans la vente des armes de précision aux tribus qui peuvent devenir ses antagonistes dans la guerre. Je doute aussi qu'à aucune période de temps une Cour anglaise aurait permis à des étrangers de rompre leur contrat avec un sujet anglais afin de faciliter cette concurrence » (1894, A. C., 554). Cf. aussi les dicta des Lords Justice Smith (1893, 1 Ch., pp. 674-75) et Macnaghten (1894, A. C. 556-68, 574).

(1) (1899, 1 Ch., p. 300).

(2) Le Maître de Rôles Lindley a dit : « La loi, telle qu'elle est actuellement réglée, ne peut pas, à mon avis, être plus exactement

juges, le Lord Justice Vaughan Williams se sépara sur

exprimée qu'elle ne l'a été par Lord Macnaghten dans *Norfendelt c. Maxim Nordenfelt* (p. 565). Il dit : « La doctrine moderne, telle que je la comprends, est que, quand un accord interdisant à une personne l'exercice de son métier est dommageable aux intérêts publics de ce pays, cet accord est sans valeur dans la mesure où il est dommageable, mais non pas au delà, s'il est conçu de façon à permettre la division en deux portions, dont l'une est bonne et l'autre mauvaise. ... De plus, il est actuellement réglé que, à moins qu'il n'y ait des circonstances montrant quelque fondement raisonnable pour imposer une restriction à la liberté d'une personne de faire ce qu'elle peut pour son propre soutien, cette restriction ne peut pas être considérée comme obligatoire pour elle » (1899, 1 Ch., p. 303). Dans ce cas déjà (Cas Nordenfelt) les juges ont commencé à se demander s'il ne faut pas distinguer entre le cas de cession de fonds de commerce et celui de louage de service en ce qui concerne l'appréciation de la rationalité. Le Maître des Rôles Lindley résolut la question dans le sens négatif. Il dit à ce propos : « Le fait que la personne qui se lie est sans ouvrage et à la recherche d'un emploi, et est par conséquent dans une position désavantageuse dans la discussion du marché, ne peut pas être un fondement pour tenir son marché comme non valable, à moins que quelque avantage déloyal n'ait été tiré de sa position ; et, tant que son marché est raisonnable au regard de la protection de l'employeur, on ne peut pas dire véritablement qu'un avantage déloyal est réalisé » (1899, 1 Ch., p. 306). Lindley confond donc la rationalité par rapport au stipulant et la rationalité par rapport au promettant, même dans un contrat de louage de service. Du fait même que la clause restrictive est raisonnable à l'égard de l'employeur, il admet qu'elle l'est aussi à l'égard de l'employé. Plus loin, le même magistrat dit : « ... Je suis d'avis que la restriction imposée au défendeur n'est pas si large que le suggère son conseil et n'est pas plus large qu'il n'est raisonnablement requis pour la protection des plaignants, en ayant égard à la nature de leur affaire et au dommage que le défendeur peut leur infliger en les concurrençant ou en entrant au service, ou agissant comme agent des marchands de foin rivaux dans les pays où ils exercent leur commerce. La restriction est limitée à un an — et dans l'interprétation que je donne à l'accord — il faut admettre comme prouvé qu'il est important pour les plaignants que leurs rivaux n'aient connaissance ni de ceux à qui ils vendent ni de ceux à qui ils achètent. Le défendeur était engagé comme leur clerc et contre-maître, et devait, en agissant comme tel, obtenir l'information sur ces

ce point de la majorité et tint à le constater en formulant une opinion dissidente (1).

matières, et cette information, procurerait, si elle était apportée à un rival commercial, un grand bénéfice à celui-ci et un dommage proportionné aux plaignants. Ces circonstances me paraissent distinguer notre cas de *Ward c. Byrne* (1839, 5 M & W, 548) qui est plus proche du cas présent que tout autre... Les plaignants y étaient des marchands de charbon, et le défendeur y était leur voyageur urbain et garçon de recettes (clerc-collecting) et il avait convenu de ne pas exercer comme patron ou employé le commerce de marchand de charbon pendant neuf mois après qu'il aurait quitté le service des plaignants. Cet accord fut considéré comme nul sur le fondement qu'il était illimité au point de vue de l'espace. Ce cas a été beaucoup discuté dans le cas *Nordenfelt* (1894, A. C., p. 535). La restriction y fut considérée comme déraisonnablement large, et je pense moi-même qu'elle l'était; mais, après le cas *Nordenfelt*, on ne doit plus admettre que toutes les conventions de ne pas exercer comme patron ou employé une affaire particulière, en quelque lieu que ce soit dans ce pays, soient nécessairement contre la police publique et, par conséquent nulles » (1893, 1 Ch., pp. 306-307). Cf. aussi les dicta du Lord Justice Rigby (1893, 1 Ch., p. 308).

(1) Le Lord Justice Vaughan Williams a cru pouvoir affirmer que l'ancienne présomption contre toute restriction à la liberté de travail, surtout contre les restrictions générales, subsiste. Il a dit : « Je ne puis penser que la règle de droit que toutes les clauses *in restraint of trade*, ou celles obligeant un individu à ne pas gagner sa vie par la meilleure voie qui lui est possible sont *prima facie* (quand elles ne sont rien de plus) contraires à la police publique et par conséquent nulles, ait été rescindée par les décisions récentes. Et je ne pense pas, que quand on dit que le seul critérium pour déterminer la validité ou l'invalidité de cet accord, consenti pour considération appréciable, est sa rationalité pour la protection du commerce ou de l'affaire du stipulant, on entende laisser hors d'examen la question de savoir si la clause particulière est de nature à nuire au public. Le « ruling case » (le cas qui fait règle) quant à la validité de ces contrats au temps présent est *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt* et je pense que, quand on se reporte aux motifs de cette décision donnés par les *Nobles Lords*, il est raisonnablement clair qu'aucun d'eux n'a considéré que la règle de loi que les contrats *in restraint of trade* ou en restriction du droit de chaque citoyen de gagner sa vie par une industrie licite sont *prima*

C. *Henry Leatham Co c. Johnstone White* (1). — Dans ce cas, une compagnie qui avait plusieurs succursales s'occupant de la même affaire qu'elle, mais d'une façon indépendante, avait, par l'intermédiaire de son agent ou représentant, pris à son service et à celui de ses succursales comme employé le défendeur Johnstone White. L'employé s'était engagé à ne pas entrer au service d'une firme quelconque s'occupant de la même affaire, dans

facie contraires à la police publique et, par conséquent, nuls, ait cessé d'exister et qu'aucun d'eux n'a considéré que le critère de la rationalité du contrat pour la protection du stipulant puisse être appliqué à l'exclusion de la considération de la mesure dans laquelle le contrat restreignant la liberté individuelle a tendance à affecter dommageablement l'intérêt public. D'ailleurs la vieille règle qu'une clause *in restraint of trade* sans limite d'espace dans le Royaume-Uni est déraisonnable, à moins qu'on ne puisse trouver quelque avantage au public qui contrebalance ce qui est *prima facie* dommageable à l'intérêt public, est encore, je crois, une règle à suivre » (1893, 1, Ch., pp. 309 et 315). Le Lord Justice Vaughan Williams a d'ailleurs fait par anticipation la distinction entre le cas de cession de fonds de commerce (le cas *Nordenfelt*) et celui de louage de service (le cas présent) en disant : « Cette différence entre le cas soumis à la Chambre des Lords (le cas *Nordenfelt*) et le cas présent me semble être importante parce que, dans la décision des questions de cette sorte, on a toujours à balancer deux considérations adverses, dont l'une est l'intérêt du public à maintenir les règles de l'honnêteté commerciale entre homme et homme, et dont l'autre est la considération de l'intérêt du public à maintenir la liberté individuelle d'action, et il me semble que, dans le cas de vente d'une affaire, le public a un grand et vif intérêt à ce que l'engagement par le vendeur de ne pas concurrencer l'acheteur soit honnêtement exécuté... tandis que, dans le cas du maître et du serviteur, le serviteur n'entre pas dans le contrat avec la même liberté de choix que celle avec laquelle une personne achète une affaire, et l'interdiction pour le serviteur de gagner sa vie de la manière la mieux appropriée à sa capacité me semble être une restriction de la liberté individuelle dans laquelle le public a un vif intérêt (1893, 1 Ch., p. 310).

(1) 1907, 1 Ch., 322.

tout le Royaume-Uni, pendant 5 ans après l'expiration de la durée de son service avec une ou plusieurs des compagnies plaignantes (c'est-à-dire la compagnie principale et ses succursales) sans le consentement écrit de la compagnie principale.

Le juge Neville considéra la clause restrictive comme raisonnable. Il envisagea la compagnie et ses succursales comme une seule entreprise, pour la protection de laquelle la clause n'était pas trop large (1).

La Cour d'Appel annula son jugement et considéra la clause comme déraisonnable en envisageant les en-

(1) Le juge Neville a dit (1907, 1 Ch., p. 193) : « Il ressort clairement des témoignages que l'ensemble du Royaume-Uni rentre dans l'aire commerciale des compagnies plaignantes envisagées dans leur agrégation, quoi qu'il soit parfaitement vrai que, en ce qui concerne chaque compagnie particulière, ses intérêts locaux sont plus limités. Il n'est pas une branche de la loi que je suis appelé à appliquer que j'applique avec plus de répugnance que je ne le fais dans ce cas. La fréquence croissante des actions de cette sorte prouve la pression excessive qui est exercée sur la population travaillante commerciale de ce pays par l'état de la loi tel qu'il existe à présent. Dans le vieux temps l'idée générale était que les contrats *in restraint of trade* devaient être regardés toujours avec suspicion par les cours. Mais, dans les temps modernes, la doctrine a — malheureusement à mon avis — prévalu que, dans les questions entre employeur et employé, seuls les intérêts de l'employeur doivent être considérés, et qu'aucune convention n'est nulle, quelque oppressive et quelque fatale qu'elle soit à la possibilité pour l'employé de gagner sa vie dans ce pays, si elle est raisonnablement nécessaire pour la protection de l'employeur. Mais je suis ici pour appliquer la loi telle que je la trouve » (1907, 1 Ch., 193).

On constate dans ce passage que le juge, tout en admettant qu'il n'existe pas encore en droit de distinction entre le cas de cession de fonds de commerce et celui de louage de service, et que, dans les deux cas, c'est surtout l'intérêt du stipulant qu'il faut protéger, regrette au point de vue de l'équité cet état de choses qui, d'ailleurs, cessera bientôt.

entreprises menées par les compagnies plaignantes comme séparées et distinctes, et en ne considérant que la mesure nécessaire pour la protection de l'entreprise propre menée par la Compagnie principale, c'est-à-dire la Compagnie qui avait conclu le contrat (1).

D. *Goldsohl c. Goldman* (2). — Le plaignant et le défendeur avaient des commerces similaires comme détaillants en imitation de joaillerie, l'un dans *Old Bond Street*, l'autre dans le *New Bond Street* à Londres. Le commerce consistait en la vente d'imitations de perles et autres bijoux, imitations montées en or ou en platine et parfois avec de petits diamants vrais. Pour

(1) A la Cour d'appel, le Lord Justice Farwell dit : « Je pense que la véritable portée de l'ensemble du contrat en fait un contrat entre le serviteur et la compagnie Cleveland seule (la compagnie principale) cette dernière engageant par l'intermédiaire de son agent l'individu qui est partie au contrat. L'affaire de la compagnie Cleveland ... est une petite affaire... ; le contrat, en l'envisageant en tant que contrat pour la protection de la compagnie Cleveland seule, est manifestement déraisonnable comme étant beaucoup plus large qu'il n'est possible que le requière la protection de la compagnie » (1907, 1 Ch. 326). Cf. les arguments donnés par Buckley L.J. (1907, 1 Ch. p. 327) dans le même sens. Nous croyons qu'au point de vue économique on ne pouvait pas séparer la compagnie principale de ses succursales. Le jugement de Neville était donc à notre sens plus exact, et c'est pour cela que nous rangeons ce cas parmi ceux où il s'agit d'une entreprise d'un caractère universel. Le remède que les juges de la cour d'appel ont cru trouver à l'irrationalité de la clause vis-à-vis du promettant, en distinguant la compagnie principale de ses succursales et en divisant ainsi une entité économique indivisible, doit être plutôt cherché, comme l'a suggéré le juge Neville, dans la distinction entre le cas de cession de fonds de commerce, où les intérêts du stipulant et du promettant sont communs, et le cas de louage de service, où ces intérêts sont distincts de façon à permettre de considérer la rationalité par rapport au promettant indépendamment de la rationalité par rapport au stipulant.

(2) 1915, 1 Ch. 293.

mettre fin à la concurrence, le défendeur avait vendu son affaire au plaignant et convenu que, pendant une période de deux ans, soit seul ou conjointement, soit comme employé ou agent d'une autre personne ou compagnie, directement ou indirectement, il ne s'établirait, s'engagerait et ne s'intéresserait pas et n'emploierait pas ses services gratuitement ou autrement, dans le commerce de vendeur ou détaillant en joaillerie vraie ou en imitation dans le comté de Londres et dans aucune partie du Royaume-Uni, de la Grande-Bretagne, de l'Irlande et l'Ile de Man ou en France, Etats-Unis, Espagne, Russie ou dans les 25 milles de la Postdamerstrasse à Berlin ou de l'église Saint-Stéphane à Vienne ». Le défendeur ne tarda pas à rompre le contrat, d'où procès. La Cour d'Appel, confirmant sur ce point la décision du juge Neville, jugea que le contrat était trop large dans son aire, à moins qu'il ne fut divisible, que la clause de ne pas exercer le commerce en question dans le Royaume-Uni et l'Ile de Man était séparable du reste, et n'était pas plus large qu'il n'était raisonnablement nécessaire pour la protection du plaignant. Mais, modifiant par ailleurs la décision du juge Neville, la Cour décida aussi, qu'en tant que le contrat empêchait le défendeur de s'occuper de joaillerie vraie aussi bien que de joaillerie d'imitation, il était déraisonnablement large, mais, qu'à cet égard, il était aussi divisible et qu'il ne devait être interdit au défendeur que de s'occuper de joaillerie d'imitation (1).

(1) Le Maître des rôles Cozen Hardy a dit qu'en substance l'affaire était une affaire d'imitation de joaillerie. L'aire doit en être raisonnablement limitée. L'affaire d'un commerçant de vraie joaillerie n'est pas la même que celle d'un commerçant de joaillerie imitée (1915, 1 Ch. p. 297-298). Le Lord Justice Kennedy déclare que, s'il y

§ 2. — ENTREPRISES LOCALES.

A. Haynes c. Doman (1). — Le plaignant, Charles Haynes, était un fabricant de quincaillerie et exerçait cette profession sous la firme *Samuel Levis & Co* à *Dudley, Worcestershire*, dans le district « connu sous le nom de Région Noire (*Black Country*). L'affaire semblait être d'une nature très compréhensive. Quelque temps avant 1894 et en 1894 il avait eu à son service comme voyageur un certain Alfred Doman qui avait un fils, le défendeur Alfred Doman. Le fils était alors employé comme voyageur pour une firme exerçant dans le voisinage un commerce quelque peu semblable à celui du plaignant. En 1894, le père, paraît-il, songeait à se retirer du service des plaignants après l'avoir continué encore pendant un court temps, et son fils, le défendeur, apparemment dans l'espoir de devenir son successeur, proposa au plaignant de quitter son emploi actuel et d'entrer à son service en se contentant au début d'une situation subordonnée. Tels furent les antécédents de la convention du 2 avril 1894, par laquelle le défendeur convint d'entrer en qualité d'employé dans la maison de commerce du plaignant moyennant un salaire qui serait fixé d'un commun accord, l'engagement étant terminable par chacune des parties en donnant à l'autre préavis de quinzaine. La clause 2 de ce contrat portait : « Le dit Alfred

avait jamais eu un cas de divisibilité, c'était bien celui là ; car les pays qui peuvent être traités comme représentant le Royaume Uni par opposition avec les pays étrangers y étaient spécifiés (1915, 1 Ch. p. 299). Le Lord Justice Swinfen précisa que l'injonction s'étendrait au commerce de la joaillerie en partie vraie et en partie imitée (1915, 1 Ch. p. 301).

(1) 1899. 2 Ch. 13

Doman junior, en considération des engagements pris par le dit Charles Haynes, consent comme, il a été dit, à promettre de ne pas, durant le dit service ou emploi et après sa cessation par congé, renvoi ou de quelque autre façon que ce soit, faire connaître ou divulguer à une autre ou à d'autres personnes les secrets du dit Charles Haynes, ou la méthode ou les principes employés ou adoptés par lui dans la dite affaire ou dans une partie de celle-ci ou toute autre information que ce soit relative à la dite affaire, et à ne point, pendant ou après la cessation du dit service, travailler pour une autre ou d'autres personnes, compagnies ou firmes, engagées dans la même sorte d'affaire ou une partie de celle-ci, dans un rayon de 25 milles des ateliers du dit Charles Haynes ». A la date du contrat le défendeur avait environ 24 ans. Par ses occupations antérieures dans le Pays Noir, il avait déjà acquis une connaissance de la façon dont le commerce de quincaillerie était mené dans cette région. Il resta au service du plaignant jusqu'en 1897, époque où il le quitta pour occuper un emploi dans une autre maison à Londres. Vers le début de 1899 il entre au service d'une firme exploitant une affaire semblable à celle des plaignants dans les trois milles de ses ateliers, et même il s'efforce de persuader tous les employés des plaignants d'entrer au service de cette firme.

La Cour d'Appel confirmant le jugement du juge *Stirling* (1) décida que le plaignant avait le droit à une

(1) Le juge *Stirling* dit : J'accepte la loi telle qu'elle a été posée par la majorité de la cour d'appel dans le cas récent d'*Underwood & Son c. Barker* où la loi proclamée par Lord Macnaghten dans *Nordenfjelt c. Maxim Nordenfjelt Guns and Ammunition Co* fut appliquée au contrat de louage de service... En ce qui concerne la limite de temps la question s'élève dans ce cas exactement comme dans *Hit-*

injonction, parce que la clause restrictive n'était pas nulle, n'étant pas déraisonnable pour la protection du stipulant ; elle était illimitée quant au temps et, par conséquent, elle liait le défendeur pendant toute sa vie (1).

chcock c. Coker (1837 6 A. et E. 348 où il y avait dans un contrat de louage de service une stipulation de nature semblable à celle-ci, La restriction était limitée au regard de l'espace, mais illimitée au regard du temps. La Cour du Banc du Roi estima que le contrat était déraisonnable ; mais la décision fut renversée par la Cour de l'Echiquier et je veux lire quelques mots du jugement du Chief Justice Tindal : « Donc, s'il n'est pas déraisonnable, et indubitablement il ne l'est pas, d'empêcher un serviteur d'entrer dans le même commerce dans le même bourg où son maître vit tant que le maître y exerce son commerce, nous ne pouvons pas juger déraisonnable que la restriction soit poussée plus loin et soit admise à continuer quand le maître vend son commerce, où le lègue, ou quand il devient la propriété des continuateurs de sa personne (*personal representatives*). Ce qui revient à dire que, s'il est raisonnable que le maître puisse par une convention s'assurer contre une diminution des profits annuels de son commerce, il ne doit pas nous paraître déraisonnable que la restriction aille jusqu'à assurer au maître la jouissance du prix pour lequel le commerce peut se vendre ou assurer la jouissance de ce commerce à son acquéreur, à son légataire ou son exécuteur testamentaire. Et la seule façon effective d'y arriver paraît être de rendre l'interdiction au serviteur de s'établir dans ou se livrer au commerce ou à l'affaire coextensive à la vie du serviteur » (1899, 2, ch., pp. 16-17).

(1) Le maître de rôles Lindley a dit : « Des cas possibles où la restriction ne serait pas raisonnable ont été suggérés. C'est ce qui se présenterait si le défendeur avait quitté le service du plaignant très peu de temps après y être entré et avant que le défendeur ait pu avoir acquis ou emporté avec lui une connaissance du mode du plaignant de conduire son affaire. Pareil événement n'est pas arrivé et visiblement n'a pas été envisagé. Cette objection, si elle était saine, invaliderait les accords de cette sorte résolubles sur un court préavis à moins que quelques mots n'y soient introduits excluant leur application à des cas qui ne sont jamais envisagés. Un autre cas, où la restriction pourrait ne pas être raisonnablement appliquée, est quand le défendeur a quitté l'affaire complètement ou n'a pas eu d'occupation chez les rivaux du plaignant pendant vingt ou trente

B. British Reinforced Concrete Engineering Co. c. Schelff (1). — Les plaignants dirigeaient une importante entreprise de travaux de renforcement de routes s'étendant à tout le royaume. En 1918 le défendeur Schelff et ses associés qui exploitaient une petite industrie de même nature dans une aire limitée du Royaume-Uni avaient vendu leur affaire aux plaignants. Ils s'étaient engagés conjointement et solidairement à ne

ans, et ensuite a repris ce commerce ou a apporté son aide aux concurrents. Même si de pareils cas pouvaient être justement regardés comme des violations de l'accord, nous ne sommes pas obligés de tenir l'accord nul pour le tout parce qu'il s'étendrait à ces éventualités extrêmement invraisemblables. Aucune décision ne nous force à aller si loin » (1899, 2, Ch., pp. 26-27).

Le Lord Justice Rigby déclare. « L'étendue de la restriction ne me paraît pas déraisonnable en dehors de sa durée, et il n'y a pas un cas où une restriction partielle, par ailleurs raisonnable, ait été considérée comme déraisonnable, parce qu'elle est illimitée quant au temps, » (1899, 2, Ch. p. 28).

Le Lord Justice Romer a dit : « De la nature du service où le défendeur est employé ressort que le défendeur a raison de cet emploi a été mis au courant de secrets et informations relatifs à l'affaire qu'il pouvait révéler aux rivaux. Il y avait grand intérêt pour le plaignant à obtenir l'engagement le défendant contre la divulgation de ses secrets pour le service et au profit des concurrents. La clause est donc raisonnable. On dit en faveur du défendeur que le plaignant se serait suffisamment protégé par la première partie de cette clause, quant à la non divulgation des secrets ou informations. Je pense que c'est là une erreur. Sans divulguer l'information le défendeur, en entrant au service d'un commerçant rival, peut consciemment ou inconsciemment user de cette information pour le bénéfice de ce concurrent au grand dommage du plaignant, et, dès lors, le plaignant peut raisonnablement s'opposer à ce que le défendeur se place dans une situation où son devoir envers son nouveau maître serait en conflit avec ses obligations envers le plaignant et où il serait sujet à la tentation continuelle d'user de la concurrence des spécialités de l'affaire du plaignant dans l'intérêt de son nouvel employeur » (1899, 2, Ch., pp. 28-29).

(1) 1921, 2, Ch. 563.

pas mener ni diriger directement ou indirectement une affaire de même nature dans l'ensemble du Royaume-Uni pendant une certaine période et à ne pas s'y intéresser et à ne pas agir comme serviteurs d'une personne intéressée dans une affaire de ce genre.

Le défendeur Schelff avait rompu le contrat. Il fut jugé que la clause restrictive était nulle parce que trop large quant à l'espace pour la protection de la petite affaire vendue, bien qu'elle fut nécessaire pour la protection de l'ensemble des entreprises de l'acheteur, si on y comprenait celles qu'il possédait auparavant. En appréciant la rationalité d'une clause restrictive contractée par le vendeur d'une entreprise, la Cour ne doit considérer, déclare-t-on, que l'étendue de protection raisonnablement nécessaire pour l'acheteur, en ce qui concerne uniquement l'affaire particulière vendue. Une affaire que l'acheteur possédait auparavant ne devait pas rentrer dans le cercle légitime de protection de cette clause (1).

(1) Le Lord Justice Younger dit : « Alors la question se pose de savoir si la clause, même après division, n'était pas encore trop large pour la protection raisonnable du plaignant. Cela soulève la question légale la plus importante dans ce cas : à savoir est-ce que, dans un contrat de vente d'une entreprise, la rationalité de la clause restreignant la liberté de commerce du vendeur doit être jugée d'après l'étendue et la nature de l'entreprise vendue ou d'après l'étendue et le rang de l'entreprise générale de l'acheteur dans laquelle elle sera absorbée après la cession ? Abstraction faite d'un cas non reporté, je pense que la loi sur ce sujet est claire. C'est l'entreprise vendue qui est l'objet légitime de protection, et c'est pour sa protection dans les mains de l'acheteur, et pour sa protection seulement, que la clause restreignant la liberté du vendeur pourrait être légitimement exigée... Une clause d'interdiction générale (*in gross*) du commerce, quelque importante que soit la considération, est nulle. Une clause qui n'est exigée que pour la protection d'une affaire avec laquelle le

§ 3. — CAS OÙ UNE CLAUSE RESTRICTIVE GARANTIT,
NON PAS UNE ENTREPRISE, MAIS LE PAIEMENT
D'UNE DETTE.

Horwood c. Millar's Timber and Trading Co

1917. 1 K.B. 305).

C'est un cas qui présente des traits tout à fait particuliers. Par un écrit en double (*indenture*) fait entre

promettant n'a jamais eu aucune relation n'est pas, à cet égard, meilleure qu'une clause générale *in gross* (*Henry Leatham c. Johnstone White*, 1907, 1, ch. 328). Dans le cas de *Smedly* (le cas non reporté qui est en sens contraire) le défendeur était un dentiste et consentait à vendre son affaire au plaignant en s'interdisant de le concurrencer dans la limite d'un mille autour de l'un quelconque des établissements du plaignant. Le Juge Sargant a dit que le défendeur prétend que la Cour ne doit pas considérer ce qui est raisonnablement nécessaire pour la protection de trois affaires déjà exploitées par l'acheteur au moment de la vente et qu'on est en présence d'un accord entièrement nouveau. Il me paraît que sur la question ainsi soulevée, le savant Juge ne peut pas avoir eu la même assistance que celle qui m'a été fournie. Son attention n'a pas été appelée sur le cas *Leatham* et sa conclusion a été basée exclusivement sur le cas *Leather* (1869) où la seule affaire en question était l'affaire vendue... Il était suggéré que, sans cette clause, le promettant aurait pu le lendemain introduire un nouveau procédé amélioré et breveté, et priver par là les plaignants de tout avantage de la vente. Mais la réponse est que les plaignants n'ont ni acheté, ni payé ce nouveau procédé. La présente clause n'est pas destinée à les protéger contre cette découverte, *Print. Num Reg. Co c. Sampson*, 1875, L.R. 19 Eq. 462 ».

Il est à remarquer que le Lord Justice Younger a appliqué ici la solution donnée dans le cas *Henry Leatham c. Johnstone White* que nous avons déjà examiné. On se rappelle qu'il s'agissait dans ce dernier cas d'une compagnie principale qui avait engagé un employé pour elle et pour ses succursales. La Cour d'appel s'était refusée à prendre en considération l'étendue de l'entreprise menée par les

l'emprunteur, un employé (clerc au service du défendeur) et le plaignant (un prêteur professionnel) l'emprunteur, qui devait diverses sommes à des créanciers que le prêteur avait consenti à rembourser, donnait en garantie tous les salaires et autres sommes qui lui étaient

succursales et s'était limitée à l'entreprise conduite par la compagnie principale. Il s'en faut qu'il y eut complète analogie entre les deux espèces, car, dans le cas *Henry Leetham c. Johnstone White*, on était en présence de plusieurs branches d'une entreprise qui constituait une unité économique avant la conclusion de la clause restrictive, tandis que, dans le cas *Schelff*, les deux entreprises étaient complètement indépendantes au moment où la clause restrictive avait été consentie. Mais on peut dire que le principe appliqué dans le premier cas, où on avait divisé l'entreprise malgré son unité économique, s'appliquait *a fortiori* ici, où les deux entreprises étaient déjà indépendantes. Il ne sera pas inutile de rappeler au passage le dictum du Juge Sargent dans le cas de *Smedly* que le Lord Justice Younger a cité comme étant contraire à l'opinion émise par lui. « D'après mon expérience, dit le Juge Sargent, ces clauses sont en principe conclues en tenant compte de l'affaire de l'acheteur ou, tout au moins, en tenant compte de l'affaire combinée qui sera conduite et qui consistera dans l'affaire vendue et l'ancienne affaire de l'acheteur. Le vendeur serait très sérieusement entravé dans la disposition de son affaire s'il ne lui était permis que de s'engager à protéger la seule affaire actuellement vendue. Cela, en effet, ne lui permettrait guère de donner à l'acheteur plus que ce qui serait impliqué par une vente pure et simple de l'affaire elle-même sans aucune clause restrictive. Il y a aussi cette considération importante que j'ai oublié de mentionner : à savoir que le défendeur a le même surnom que la compagnie plaignante qui s'était formée pour acquérir le bénéfice du surnom de son père » (1921, 2, Ch. 580).

À part cette considération importante quant au nom du défendeur nous croyons que l'argument du juge Sargent n'est pas concluant. Le vendeur ne pourrait pas s'engager, à moins qu'il conclue un *covenant in gross* qui serait incontestablement nul, à ne pas concurrencer une entreprise déjà possédée par l'acheteur et à laquelle il n'a jamais été intéressé. Quant à l'utilité de la clause restrictive qu'il conclut en vue de protéger l'entreprise vendue par lui, elle aura toujours l'avantage sur la garantie implicite d'être plus précise et plus étendue.

déjà dûs ou lui seraient dus pendant la durée du gage en vertu de son emploi chez le défendeur ou chez d'autres employeurs. L'emprunteur avait promis qu'il rembourserait le prêteur par à-comptes fixés d'avance et que, durant la continuation du gage, il ne pourrait sans l'autorisation expresse et écrite du créancier gagiste rompre son engagement chez le défendeur ou les autres employeurs du moment ; qu'il ne pourrait emprunter ou tenter d'emprunter de l'argent ou céder, vendre, engager ses meubles ou effets, obtenir ou tenter d'obtenir du crédit ; qu'il ne pourrait contracter aucune obligation de somme d'argent exécutoire sur ses biens, et qu'il ne pourrait pas, sans le consentement écrit du plaignant, quitter sa maison d'habitation pour en occuper une autre.

Le prêteur, alléguant que l'emprunteur avait violé l'engagement contenu dans l'écrit, donna notification de la cession aux défendeurs et intenta une action pour recouvrer le salaire dû par eux à cet emprunteur.

La Cour d'Appel, confirmant la décision de la Cour divisionnaire (1) jugea que le contrat était indivisible, qu'il était mauvais comme contraire à la police publique, en enchaînant indûment et excessivement la liberté d'action de l'emprunteur et la libre disposition de sa propriété (2).

(1) 1916, 2 K.B. 44.

(2) Le maître de rôles Cozen Hardy dit : « De quoi l'acte (*deed*) s'occupe-t-il ? C'est à quelques égards le « *deed* » le plus extraordinaire que j'aie jamais vu. Est-il possible de douter que ce soit un « *deed* » contraire à la police publique ? Est-il permis à un homme en considération d'une somme de numéraire de s'obliger à ne pas quitter la maison où il est, à ne vendre aucune de ses fournitures ou effets dans la maison ?... Pareil contrat empêcherait un homme d'em-

Ce cas se distingue par deux traits particuliers : c'est un des rares cas où il s'agit de garantir, non pas la jouissance d'une entreprise déterminée, mais le paiement d'une dette ; puis la clause restrictive ne se borne pas seulement à entraver la liberté de travail du promet-

ployer un docteur ou un chirurgien dans le cas de maladie dans sa famille et l'empêcherait de se procurer l'argent pour le soutien de sa femme et ses enfants, ou l'éducation de ces derniers. Je pense que c'est un « *deed* » que la loi doit reconnaître comme mauvais sur des fondements de police publique... Je ne me propose pas de parcourir les cas qui ont été cités devant nous ; mais il y a un passage dans le jugement du Lord Justice Bowen dans *Davies c. Davies* (1887, 36, Ch., 359-393) qui me semble être de grande valeur. « La loi d'Angleterre permet à un homme de contracter pour son travail ou l'autorise à se placer au service d'un maître ; mais elle ne doit pas l'autoriser à attacher à son contrat de louage de service des incidents serviles ». Il me semble que l'observation est aussi juste dans un cas de cette sorte, qui est un cas de prêt, qu'elle ne l'est dans un cas de contrat de louage de service. Elle fait partie de la *Common Law*, (1917, 1, K. B. 311 et s.).

Le Lord Justice Scrutton dit : « Je suis du même avis et je désire, en vue de l'importance pour le public du sujet de ce cas, exprimer personnellement mon opinion. La seule chose qui m'ait fait me demander si je devais le faire, c'est que je doute si je pourrai exprimer mon jugement en un langage d'une suffisante modération judiciaire en présence des faits de ce cas... Tout juge, qui a entendu les affaires criminelles dans la cité de Londres, sait qu'un des plus grands maux à Londres à présent est le système par lequel les prêteurs d'argent prêtent de l'argent aux clercs qui ont de petits salaires dans les offices à Londres système qui, par la terreur d'apprendre à leurs employeurs qu'ils ont emprunté de l'argent, pousse les clercs au crime et inflige de grands maux à leurs familles. Je pense que nous avons depuis longtemps dépassé *Mitchell c. Reynolds* dans la doctrine de la *restraint of trade*. Nous avons maintenant le jugement de Lord Macnaghten dans le cas *Nordenfelt* élargi comme il l'est, et à quelques égards altéré comme il l'est, par les deux lumineux jugements de Lord Parker dans *Attorney General of Commonwealth of Australia c. Adelaide Steamship Co* et dans *Herbert Morris Lt c. Sazelly* » (1917 1 K. B., pp. 316-317).

tant en lui interdisant de quitter le service de certains employeurs sans le consentement du stipulant, mais aussi elle empiète sérieusement sur sa liberté de disposer de ses biens et de faire des transactions, et même sur sa liberté de mouvements.

Par ces applications pratiques, on voit (1) comment le *standard* de rationalité se prête à une adaptation facile à des situations économiques fort différentes. Il permet même, dans une large mesure, un travail de différenciation basé, non pas sur des classifications artificielles et passagères, mais sur la nature même des choses. Ce travail continuera ; il va nous amener à la célèbre distinction entre les contrats de cession de fonds de commerce et les contrats de louage de service.

(1) On pourrait multiplier les applications pratiques. Nous nous contentons de citer comme applications intéressantes des clauses restrictives en ce qui concerne le « nom » les deux cas de *Tounsand c. Jarman* (1900, 2, Ch. 698) et *Hepworth Manufacturing Co c Ryot* (1920, 1, Ch., p. 1).

TITRE IV

QUATRIÈME PHASE : DEPUIS LES CAS MASON ET SAXELBY JUSQU'A NOS JOURS. — DISTINCTION ENTRE LES CONTRATS DE CESSION DES FONDS DE COMMERCE ET LES CONTRATS DE LOUAGE DE SERVICE.

La jurisprudence de la quatrième phase, qui s'est déjà ébauchée au seuil même de la troisième phase dans le cas *Nordenfoll*, et qui s'est annoncée plus nettement encore dans le cas de *Sir W. G. Leng and Co c. Andrews* (1), s'est définitivement établie sur des bases solides dans les deux cas célèbres de *Mason* et de *Saxelby*.

Dès la troisième phase on a entrevu la nécessité de distinguer entre deux situations essentiellement différentes : celle de l'acheteur d'un fonds de commerce vis-à-vis du vendeur, et celle de l'employé vis-à-vis de son patron. La nécessité de cette différenciation s'est fait sentir de plus en plus, au fur et à mesure qu'on appliquait le nouveau « *standard* » de rationalité avec plus de clairovoyance et de souplesse, conformément à sa nature même. Et le moment est venu où l'on a enfin consacré officiellement cette distinction.

(1) 1909, 1 Ch. 763.

Mais, dira-t-on, la jurisprudence anglaise avait-elle fait tant d'effort pour se débarrasser des anciennes classifications et distinctions, afin de retomber dans de nouvelles ? Nous croyons que cette critique est fallacieuse. La nouvelle classification, loin d'être artificielle, répond à la nature même des choses et aux exigences de chaque situation distincte. D'ailleurs, elle n'est ni définitive, ni exclusive. Elle n'est pas définitive dans le sens qu'elle n'est pas conçue dans un esprit étroit, comme une classification inflexible et immuable, telle que l'était l'ancienne. Elle n'est qu'une simple application du *standard* de rationalité ; elle cessera d'exister dès que sa raison d'être n'existera plus. Si, par exemple, la supériorité de la situation du patron vis-à-vis de l'employé venait à être renversée sous un régime économique différent du régime actuel, la rigidité de la classification n'empêcherait pas de la reviser. Elle n'est pas non plus exclusive. Rien n'empêche que la complexité de la vie économique et ses nuances multiples donnent plus tard naissance à d'autres classifications à côté d'elle. La différence essentielle entre la classification nouvelle et l'ancienne consiste donc dans la différence d'esprit qui domine chacune d'elle.

Nous examinerons successivement la distinction tracée entre les contrats de cession des fonds de commerce et ceux de louage de service, et la sous-division qu'il convient d'établir, dans le domaine des contrats de louage de services, entre la connaissance objective et la connaissance subjective, les conséquences juridiques de ces deux sortes de distinction, et enfin quelques illustrations pratiques de ces conséquences.

CHAPITRE I

Distinction entre les contrats de cession de fonds de commerce et les contrats de louage de service.

Cette distinction n'a pas surgi brusquement, comme nous venons de voir. Déjà, dans le cas Nordenfelt, Lord Macnaghten avait fait remarquer que « des considérations différentes doivent s'appliquer dans les cas d'apprentissage et les cas de cette sorte, d'une part, et les cas de vente d'une affaire ou de dissolution de société de l'autre ». (1) Mais Lord Macnaghten n'avait pas poussé la

(1) Lord Macnaghten justifiait ainsi l'affirmation relevée au texte : « Un homme se lie comme apprenti, parce qu'il souhaite apprendre un métier et le pratiquer. Un homme peut vendre, parce qu'il se fait vieux pour les efforts et les tourments de l'affaire, ou parce qu'il souhaite pour quelque autre raison se retirer entièrement de l'affaire. Alors il y a évidemment plus de liberté de contrat entre acheteur et vendeur qu'entre maître et serviteur ou un autre employeur et une personne cherchant un emploi » (1894, A. C., p. 566). Voir aussi (1894, A. C. p. 567).

On se rappelle aussi que, dans le même cas, les juges de la Chambre des Lords ont pris soin de relever que la clause restrictive était attachée à un contrat de cession de fonds de commerce, et non pas à un contrat de louage de service, et cela afin de démontrer qu'il y avait une considération suffisante pour justifier la clause. Mais cela implique aussi qu'une clause restrictive, qui est raisonnable, quand elle est attachée à un contrat de cession de fonds de commerce, pourrait être déraisonnable si elle était attachée à un contrat de louage de service.

distinction jusqu'à ses conséquences logiques (1). On se rappelle que plus tard, dans le cas *Underwood & Son Co c. Barker*, le Lord Justice Vaughan Williams essaya d'introduire cette distinction ; mais la majorité de la Cour ne le suivit pas (2). Dans le cas *Henry Leetham Lt. c. Johnstone White*, le juge Neville exprima en termes vifs ses regrets de ne pas la voir établie (3). Enfin dans le cas *Sir W. C. Leng & Co c. Andrews* (4) la Cour d'Appel prit une attitude nettement favorable à l'employé en déclarant que l'employeur ne peut pas « empêcher son employé de se servir dans son industrie ou sa profession de l'habileté et des connaissances acquises au cours de son service au moyen des directions ou instructions de l'employeur (5) ».

(1) A ce propos le Lord Justice Phillimore, dans le cas *Saxelby* (Cour d'Appel), a dit : « Autant que je puisse le constater, cette doctrine (c'est-à-dire la distinction) émerge pour la première fois dans le jugement de Lord Macnaghten (1894, A. C. 535-536 (Suit le *dictum* ci-dessus reproduit du cas Nordenfelt). Il n'y a point ici de référence spéciale à la situation de l'employé ni de distinction comme celle qui se rencontre dans la page suivante du jugement de Lord Macnaghten entre le cas de vente et les cas de louage de service. Sans doute, avec les cas les plus récents, depuis le cas Nordenfelt, il est entré d'une façon quelque peu subtile dans la discussion de la rationalité de la stipulation quelque affirmation explicite d'égard ou de tendresse pour la position spéciale de l'employé. Logiquement, toutefois, cela n'aboutit qu'à ceci, et c'est ce que Lord Macnaghten dit : qu'alors que, dans les cas de vente, le fait même que deux hommes majeurs ont conclu le contrat fournit quelque preuve qu'il est raisonnable, cet élément de preuve disparaît ou diminue quand le contrat est entre employé et employeur » (1915, 2, Ch. pp. 83-84).

(2) *Supra* p. 254.

(3) *Supra*, p. 257.

(4) 1909, 1, Ch. 772.

(5) Voici une analyse sommaire de ce cas précurseur. Le défendeur, étant mineur, était entré comme aide-reporter au service des plaignants, — propriétaires d'un journal dans une ville de province

Mais il faut attendre les cas *Mason* et *Saxelby* pour voir la distinction définitivement consacrée. Dans ces deux cas la jurisprudence anglaise a trouvé pour la différenciation entre les deux catégories de contrats une forte

(*Sheffield*) où existait un journal rival, — en vertu d'un accord écrit stipulant qu'il ne pourrait, après avoir quitté le service des plaignants, soit pour son propre compte, soit en société avec d'autres personnes, s'occuper comme propriétaire, employé ou autrement, d'aucune autre affaire de journalisme » dans la ville ou dans un rayon de vingt milles. Les témoignages établissaient que cette clause était inusitée, presque unique, dans les conventions de ce genre. Le défendeur avait rompu son engagement. La Cour d'Appel, renversant la décision du juge *Eve*, décida que la restriction était plus large qu'il n'était raisonnablement nécessaire pour la protection des intérêts des plaignants, et ne pouvait, dès lors, être mise en force ; que, même si elle avait été susceptible d'exécution forcée contre un adulte, elle n'aurait pas été valable contre le défendeur qui était mineur quand il avait ratifié l'accord.

Le maître des Rôles *Cozen Hardy* dit : « A mon sens, cette clause est déraisonnable et contre la police publique dans une affaire de cette nature et dans un emploi de cette nature. Un « reporter » ne se trouve pas avec le propriétaire d'un journal dans des conditions confidentielles qui justifient ou nécessitent cette prohibition contre la divulgation de secrets qu'il peut être parfaitement raisonnable d'exiger d'un voyageur de commerce ou d'une personne qui est familière avec les noms des clients et qui voit les livres et connaît les secrets de l'affaire. » 1909, 1. Ch., pp. 766 et suiv.).

Le Lord Justice *Farwell* déclara de son côté : « Le résultat est qu'ici on ne trouve pas de fait qui montre une raison de requérir cet accord restrictif et on y trouve un fait qui montre qu'il est déraisonnable : à savoir qu'il est si inusité qu'il est sans précédents... Cette doctrine (de *Macnaghten* dans le cas de *Nordenfelt*) ne signifie pas qu'un employeur peut empêcher son employé de se servir de l'habileté et connaissance dans son industrie ou profession qu'il a acquises au cours de son service par le moyen des directions ou instructions de l'employeur. Cette information et cette habileté additionnelles, il est autorisé à s'en servir pour son propre bénéfice et pour le bénéfice du public qui retire l'avantage de ce qu'il a eu en cette admirable instruction. Le cas où la Cour interviendrait pour accorder sa protection est le cas où usage est fait, non de l'habileté que l'homme

assise basée sur des considérations d'ordre économique et social. Voici ces considérations :

A. Dans les contrats de louage de service, le plus grand besoin de l'employé est de conserver sa liberté de travail pour pouvoir gagner sa vie. Dans les contrats de cession de fonds de commerce, le plus grand besoin du vendeur est, au contraire, de conserver sa liberté de contrat pour pouvoir tirer le plus grand profit de son entreprise.

Dans le premier cas le travailleur qui, le plus souvent, n'a comme ressource que son travail, compromettrait gravement son avenir en s'imposant une clause restrictive très large. Au début de sa carrière, au moment même où il se prépare pour la lutte de la vie, il se trouverait avoir aliéné son arme de défense. Quand il quitterait la situation qu'il a occupée, et à l'occasion de laquelle il

a pu acquérir, mais de secrets de commerce ou de profession qu'il n'a pas le droit de révéler à autrui, matières qui relèvent dans une certaine mesure de la bonne foi. On a beaucoup parlé de l'organisation. Les témoignages sont singulièrement maigres en détails sur l'exacte signification de ce mot dans le cas présent ; mais je pense qu'un homme qui entre dans un office est autorisé à faire usage dans un autre office, le sien propre ou celui d'un autre employeur, de la connaissance qu'il a acquise dans le premier des détails de l'organisation d'un office, tels que l'établissement d'un département avec un chef à sa tête et quelques subordonnés sous lui, l'opportunité d'établir des centres d'information dans les diverses villes et bourgs autour de *Sheffield*, et de choses analogues... Enfin... cette restriction est entièrement contraire à l'intérêt du public en général, si l'on admet qu'il est de son intérêt d'être approvisionné de nombreux journaux à *Sheffield* ou dans un rayon de 20 milles. Les propriétaires de ce journal particulier désirent mettre en force la restriction dans le rayon entier de 20 milles. Cela peut accroître la circulation de leur journal. Si cette mesure est bonne pour le public qui cherche des nouvelles dans ce *district* c'est une autre question. La clause est absolument mauvaise et aucune saine raison n'a été donnée pour la faire durer toute la vie du défendeur (1909, 1, Ch. 772).

a consenti la clause de restriction à sa liberté de travail, il se trouverait empêché de s'occuper précisément de la branche d'industrie dans laquelle il s'est spécialisé, et où il a la plus grande chance de réussir. C'est donc la liberté de travail qu'il faut assurer au travailleur, beaucoup plus que la liberté de contrat (1).

Dans le second cas, au contraire, c'est la liberté de contrat qui importe le plus. Le vendeur d'un fonds de commerce est, le plus souvent, un vieux commerçant qui veut se retirer. Il n'est plus capable de conduire son affaire comme avant, ni de conserver sa clientèle. Il trouve donc avantage à vendre son entreprise en s'imposant la restriction la plus large pour la protection de l'acheteur, afin de pouvoir obtenir le plus haut prix. Il ne souffre point de cette restriction, puisqu'il n'a ni

(1) Le juge Sargant, dans le cas *Saxelby*, a dit « Le défendeur, a en fait, été entraîné dans cette branche particulière du métier d'ingénieur, et non dans une autre. La spécialisation même, qui rétrécit le champ de l'occupation interdite, est un facteur contre l'aptitude du défendeur à entreprendre une tâche d'ingénieur d'une espèce différente et plus large, et, quoique les principes de l'établissement des plans soient les mêmes dans beaucoup de branches de l'art d'ingénieur, il ne peut pas, pour me servir de sa propre illustration, dessiner une pompe, parce qu'il ne connaît pas les détails d'une pompe ; il ne connaît pas l'article commercial pompe en tant que fabriqué pour les divers buts auxquels il est employé. Cette restriction me semble s'étendre au côté commercial de l'affaire également, quoique pas au même degré. Et je suis convaincu que, si une injonction était accordée contre le défendeur ainsi qu'on le demande, lui et le public seraient privés d'une grande partie de l'adresse et de l'expérience qu'il a acquises au cours de son apprentissage et service chez les plaignants ; qu'il aurait à faire un départ à nouveau en apprenant quelque affaire semblable à un point nettement plus bas que celui qu'il avait légitimement atteint dans l'affaire défendue, et qu'à la fois sa capacité et son pouvoir de gain seraient matériellement diminués ». (1915, 2, Ch., 66).

l'intention, ni la capacité de reprendre la lutte et de travailler. Le public lui-même a avantage à la substitution à un homme à bout de forces d'un autre plus énergique. C'est donc la liberté de contrat qu'il faut avant tout assurer au vendeur.

B. Dans ces deux catégories de contrats la situation d'une partie par rapport à l'autre n'est pas la même. Dans le contrat de cession de fonds de commerce, l'acheteur et le vendeur débattent le marché avec une liberté sensiblement égale ; chacun s'efforce, de son côté, d'obtenir les termes les plus avantageux. Il n'y a pas un contractant qui ait une situation inférieure à l'autre (1). Il n'en est pas de même dans le contrat de louage de service. Le patron s'y trouve dans une situation économique et sociale très avantageuse vis-à-vis de l'employé. Celui-ci a besoin de travailler pour gagner sa vie. Il ne peut pas attendre pour choisir, parmi les patrons, celui qui lui offre les meilleures conditions. Il est en quelque sorte obligé d'accepter le travail comme il vient, et avec les conditions qu'on lui impose. Il peut se trouver dans la nécessité de contracter la clause restrictive la plus large, pour pouvoir trouver du travail, sacrifiant ainsi l'avenir pour le présent. Il s'agit donc de protéger cet

(1) Cf. Lord Shaw of Dunfermline dans le cas *Mason* en la Chambre des Lords : « Mais, pour user, dit-il, du langage de Lord Macnaghten dans le cas *Nordenfelt*., il y a évidemment plus de liberté de contrat entre acheteur et vendeur qu'entre maître et serviteur ou entre employeur et personne cherchant emploi. « Et, à mon avis, il y a beaucoup plus de raisons pour admettre entre l'acheteur et le vendeur un champ proportionnellement plus large à la liberté de contrat et une restriction proportionnellement plus grande à la liberté de travail, qu'il n'y en a pour admettre une restriction aux facilités de travail dans un contrat entre maître et serviteur ou entre employeur et solliciteur de travail ». (1913, A. C. p. 738).

homme contre les dangers des clauses restrictives trop hâtives qu'il contracterait, pressé par le besoin ou par l'inexpérience. Tout autre est la situation du patron. Celui-ci peut attendre. Il peut trouver facilement un travailleur qui remplacerait un autre plus exigeant. Il a généralement plus d'expérience et de capacité professionnelles que l'employé. Il pourrait être, par conséquent, tenté d'abuser de la supériorité de sa situation pour imposer à son employé les clauses les plus tyranniques. Il faut donc, dans les contrats de louage de service, se préoccuper surtout de la protection de la partie la plus faible, suivant l'expression du Lord Justice Phillimore(1).

C. La nature même du contrat de cession de fonds de commerce exige que l'acheteur soit protégé contre la

(1) « Mais alors, dit le Lord Justice Phillimore, la troisième considération commence à faire partie de l'ambiance générale dans laquelle nous nous mouvons tous, et, avec le temps, à influencer les cours. Elle peut être appelée le regard à la partie la plus faible, ou la considération paternelle. Quant cette troisième considération a commencé à prendre force, les cours ont cessé de réagir aussi librement aux *stimuli* antérieurs. Et, simultanément, a commencé la distinction entre les cas de vente de fonds de commerce où le vendeur et l'acheteur sont considérés être sur un pied égal, et les cas de louage de service où jusqu'ici (quoi qu'il puisse en être dans les années à venir) la partie la plus faible a été — ou a été estimée être, — l'employé ». (1915, 2, Ch., p. 83).

Le Lord Chancelier Vicomte Haldane dans le cas *Mason* a dit : « Il est sans doute sage, en règle générale, de laisser les personnes adultes faire leurs propres conventions et en subir les conséquences ; mais, dans la présente classe de cas, des considérations de police publique interviennent et rendent nécessaire pour la cour de scruter avec défiance (jalousie) des conventions comme celle qui est devant vos seigneuries. La pratique de mettre dans les conventions des choses favorables à l'employeur est une pratique que les cours ont à tenir en échec, et les juges ont à voir si le critérium de Lord Macnaghten est soigneusement observé ». (1913, A. C. p. 734). Voir aussi l'opinion de Joyce (1915, 2, Ch., pp. 89-90).

concurrence du vendeur ; autrement l'entreprise achetée se réduirait à rien ou à peu de chose. Si l'on admet, par conséquent, une très grande liberté de contrat dans une cession de fonds de commerce, et non pas dans un louage de service, c'est qu'on en a besoin surtout pour la première. C'est se conformer au rôle économique de la cession d'un fonds de commerce que de permettre à l'acheteur de conserver la clientèle pour laquelle il a payé, et de réaliser toute la valeur de l'entreprise qu'il a acquise, en se protégeant contre la concurrence de l'ancien propriétaire, concurrence qui est à la fois la plus redoutable et la moins justifiable. D'ailleurs, le vendeur lui-même, comme nous venons de le voir, profite de cette liberté de contrat pour tirer un plus large parti de son entreprise. Dans le contrat de louage de service, l'employé n'est pas lié à l'entreprise de la même façon que le vendeur ; la nature même de l'opération juridique ne lui impose pas la même obligation restrictive. Tout au moins, la garantie implicite mise à la charge du vendeur est plus accusée que celle mise à la charge de l'employé. Celui-ci pourra prétendre, à plus juste titre, à la conservation de sa liberté dans la mesure où il ne peut gagner sa vie qu'en faisant concurrence, à côté d'autres concurrents, à l'entreprise au service de laquelle il a été attaché.

« Il a été argué devant vos seigneuries, a dit Lord Parker of Waddington, à l'occasion du cas *Saxelby* dans la Chambre des Lords, que nulle distinction ne peut être tirée entre la position de l'acquéreur d'un fonds de commerce faisant prendre cet engagement (c'est-à-dire une clause restrictive générale) à son vendeur et le cas du propriétaire d'une affaire faisant prendre cet engagement à son serviteur ou apprenti.

Dans les deux cas, a-t-on dit, la propriété à protéger est la même et les dangers à éviter sont les mêmes. Je suis d'avis que cet argument ne peut être accepté. La distinction entre les deux cas est, je pense, entièrement claire et reconnue à la fois par Lord Macnaghten et Lord Herschell dans le cas *Nordenfelt*. L'achalandage d'une affaire doit être à l'abri du danger que le propriétaire exerce sa connaissance et habileté personnelles à son détriment ; et, pour que l'acquéreur reçoive ce fonds avec tous ses avantages, il faut que, dans ses mains, il demeure à l'abri de ce risque. C'est pourquoi, sans une clause de la part du défendeur contre la concurrence, un acheteur n'obtiendra pas ce qu'il se propose d'acheter, ni un vendeur ne donnera pas ce qu'il prétend vendre. La clause contre la concurrence est donc raisonnable, si elle est limitée à l'aire dans laquelle la concurrence opérerait, selon toutes probabilités, au préjudice de l'acquéreur. Il en est tout autrement dans le cas d'un employeur faisant prendre un engagement à son employé ou apprenti. L'achalandage de son affaire est, dans les conditions où nous vivons, nécessairement, sujet à la concurrence de toutes les personnes (y compris le serviteur ou l'apprenti) qui décident de s'engager dans une affaire semblable. L'employeur dans ce cas ne cherche pas à protéger ce qu'il a, mais à gagner un avantage spécial qu'il ne pourrait pas s'assurer autrement (1).»

(1) 1916, A. C., pp. 708-709. Cf. aussi Lord Shaw of Dunfermline à l'occasion du cas *Mason* devant la Chambre des Lords : « Le droit de disposer, dit-il, pour une considération adéquate d'une affaire qu'une personne a édiflée et qui est devenue solide par son énergie ou capacité, peut devenir sans valeur s'il n'est accompagné par une restriction substantielle de la part du vendeur ; et pour la loi se refuser à supporter la restriction serait imposer un grand obstacle à la jouissance des fruits du travail, et détruire un stimulant à l'énergie industrielle et commerciale » (1913, A. C. p. 738). Le

Dans le droit américain la distinction entre les contrats de cession de fonds de commerce et ceux de louage de service est admise aussi, bien qu'avec moins de fermeté et de rigueur (1).

même magistrat à réaffirmé cette opinion dans le cas *Saxelby* (1916, A.C., pp. 713-714)

(1) Les cours américaines, fait remarquer Williston, sont moins disposées à tolérer une clause restrictive insérée dans un contrat de louage de service qu'une clause insérée dans un contrat de vente. (*Keeler c. Taylor*, 53 Pa 467, 91 Am. Déc. 221 ; — *Caroll c. Giles*, 30 S. G. 412, 9. S. E., 422, 4 L. R. A. 154 ; — *George Weston Ltd c. Baird* : 31 Dom. L. R. 730 ; — *Mizon c. Pohoretzkry*. 38 Dom. L. R. 214, 215). « Il y a vraisemblablement, dit-il, plus de difficulté pour le promettant et donc plus de préjudice au public, dans le premier cas, comme, par exemple, lorsqu'un employé, expert dans une spécialité technique et limitée, s'engage à ne pas pratiquer cette spécialité. La distinction, d'ailleurs, semble ne pas être recommandable comme une règle positive de loi. S'il est juste de protéger une entreprise quand elle est achetée, il devrait être légitime de protéger aussi une entreprise établie contre le dommage causé par l'employé... La question, en définitive, doit être la même dans les deux cas : qu'est-ce qui est nécessaire pour la protection des droits du stipulant et n'est pas préjudiciable au public ? » WILLISTON, *On Contracts*, vol. III, § 1643).

Dans les cas suivants la clause restrictive dans un contrat de louage de service a été considérée comme valable : *Harrison c. Glucose Sugar Refining Co* § 116 Fed., 304, 58 L. R. A. 915) — voyageur de commerce s'engageant à ne pas être employé dans une affaire concurrente dans le rayon de 1500 milles autour de Chicago pendant 3 ans — ; *S. Jarvis Adams Co. c. Knapp* (21 Fed. 34), *Knapp c. S. Jarvis Adams Co.* (135 Fed 1008) — employé dans une compagnie industrielle s'engageant à ne pas entrer au service d'une compagnie concurrente pendant dix ans — ; *Freudenthal c. Espey* (45 Col. 488, 102 Pac. 280, 26 L. R. A. (N. S.) 961) — médecin employé par un autre s'engageant à ne pas lui faire concurrence dans la même ville pendant 2 ans après l'expiration de son service.

Par contre, dans les cas suivants la clause a été considérée comme nulle : *Mandeville c. Harman* (42 N. J. Eq. 185, 7 Atl. 37) ; *Oppenheimer c. Hirsh* (5 N. Y. App. Div. 232, 38 N. Y. S. 311) ; *Keeler c. Taylor* (53 Pr. 467, 91 Am. Dec. 221) ; *Carroll c. Giles* (30 S. G. 412, 9. S.

E. 422, 4 L. R. A. 154) ; *Taylor Iron et Steel Co. c. Nicholas* (73 N. J. Eq. 684, 69 Atl. 186, 24 L. R. A. (N. S.) 933, 133 Am. St. Rep. 753).

Dans le Michigan, toute clause restrictive à la liberté du travail ou du commerce qu'elle soit raisonnable ou déraisonnable, partielle ou générale, est déclarée nulle en vertu d'un statut *Grand Union Tea Co. c. Lewtsky* : 153 Mich. 244, 116 N. W. 1020). En Californie cette clause ne sera nulle que lorsqu'elle est insérée dans un contrat de louage de service, ou tout au moins, lorsqu'elle n'est pas insérée dans un contrat de vente ou contrat de société (Code Civil de Californie §§ 1673-1675), voir aussi *Ragsdale c. Nagle* (106 Cal. 332, 39 Pac. 628) ; *Getz c. Federal Salt Co* (147 Cal. 115, 81 Pac. 416, 109 Am. St. Rep. 114) ; *Akers c. Rappe* (30 Cal. App. 290, 158 Pac. 129). Il en est de même dans l'Oklahoma : voir *Hulen c. Earel* (13 Okla. 246, 73 Pac. 927).

CHAPITRE II

Distinction entre la connaissance objective et la connaissance subjective.

Une autre distinction, qui complète la première et qui n'est pas moins importante, est celle qui oppose, parmi les connaissances acquises par l'employé pendant son service, la connaissance objective à la connaissance subjective. Cette seconde distinction se limite, on le voit, au domaine des contrats de louage de service.

La connaissance objective consiste notamment dans la connaissance des secrets du commerce (1), des procédés particuliers à une certaine entreprise, des noms et des adresses de la clientèle, des relations commerciales qui lient l'entreprise avec d'autres etc., etc. Tout cela fait partie indivisible de l'entreprise elle-même et cons-

(1) A vrai dire les secrets devraient être complètement écartés de la matière des *restraints of trade* ; mais ils touchent cette matière de tellement près qu'on a pris l'habitude de les traiter comme en faisant partie. Le Maître des Rôles Cozen-Hardy est allé même jusqu'à diviser toute la matière en trois parties principales : a) cas de secrets de commerce où une restriction générale pourrait être permise ; b) cas de cession de fonds de commerce où une restriction pour garantir la jouissance complète de l'entreprise est nécessaire ; c) cas de louage de service où une liberté moindre de contrat doit être admise afin de sauvegarder les intérêts de l'employé (1915, 2, Ch. p. 77).

titue ce que nous avons appelé la propriété incorporelle de l'entreprise (1).

Faisant partie de l'entreprise, la connaissance objective est susceptible de la même protection que celle-ci. L'employé qui, grâce à sa situation, s'en trouve en possession peut s'interdire, par la clause restrictive la plus large, de la révéler. Il est, vis-à-vis de son patron, en ce qui concerne cette sorte de connaissance exactement dans la même situation que le vendeur vis-à-vis de l'acheteur. L'acheteur veut — il en a le droit — protéger l'entreprise qu'il acquiert contre la concurrence du vendeur. Le patron a, de même, le droit de réclamer la protection de sa propriété incorporelle contre la concurrence de l'employé. Dans ces deux hypothèses c'est l'intérêt du stipulant, acheteur ou patron, qui doit

(1) Lord Shaw, dans le cas *Mason*, établit dans les termes les plus nets la distinction entre la connaissance objective et la connaissance subjective. « Ces cas, (c'est-à-dire les secrets de commerce), dit-il, se distinguent à mon avis, d'une façon générale, des autres cas où l'employé, par l'exercice loyal et industriel de ses facultés, devient intellectuellement, ou même manuellement, bien équipé comme serviteur. La distinction entre ce dernier cas et le premier est aussi générale que la distinction psychologique entre connaissance subjective et objective. Et elle a tout autant de réalité. Car, dans le second de ces cas, l'équipement du travailleur devient une partie de lui-même et son emploi pour la subsistance de celui-ci et pour l'amélioration de sa situation ne peut être, sauf dans des hypothèses rares et particulières, interdit. Mais, dans l'autre cas, la connaissance de secrets de commerce peut être aussi réelle et aussi objective que la possession des biens matériels, et la loi admettrait beaucoup plus volontiers qu'on limite une liberté qui serait, ou pourrait être, de nature à entraîner le transfert des secrets de commerce à d'autres personnes avec le danger de disparition qui s'en suit. Dans tous les cas de restrictions à la liberté de travail qu'on cherche à imposer à un employé dans un contrat entre maître et serviteur, cette distinction doit être gardée à l'esprit (1913 A. C. 740).

prédominer. Dès que la clause restrictive est proportionnée à cet intérêt de l'entreprise, elle concilie par là même les intérêts du promettant, du stipulant et du public. Le promettant par cela seul qu'il peut garantir au stipulant le respect de sa propriété (entreprise ou connaissance objective) est en mesure d'obtenir de lui les meilleures conditions : le plus haut prix ou l'emploi plus avantageux. Le public ne subit aucun préjudice, ni par la substitution du stipulant au promettant dans la direction de l'entreprise achetée, ni par la conservation de secrets de commerce, qui dès le début n'ont été en la possession que du seul stipulant (1).

La connaissance subjective est l'habileté manuelle ou intellectuelle, acquise par l'employé ou l'ouvrier par le travail et l'expérience professionnelles. Cette connaissance est une dépendance, non pas de l'entreprise, — comme dans le cas de connaissance objective — mais de la personne du travailleur lui-même. C'est une partie de son équipement personnel, dont il peut disposer, parce qu'elle n'a pas le caractère confidentiel qui distingue la connaissance objective (2). Le patron ne peut pas

(1) « Il n'y a pas de tendance dans une transaction pareille, dit Lord Bowen, à créer un monopole ; car le monopole existait déjà par hypothèse. Le commerce ne peut souffrir de la substitution d'un possesseur d'un secret à un autre », (1893, 1, Ch., p. 651 et s.).

(2) « Il y a un autre aspect, dit Sargant dans le cas *Saxelby*, sous lequel la matière doit être envisagée, à savoir le genre de connaissance dont on cherche à empêcher le défendeur de se servir. S'agit-il de connaissances d'un caractère confidentiel réellement acquises pour le compte et dans l'intérêt de l'employeur, comme la connaissance des relations personnelles de l'employeur avec la clientèle, connaissance que Lord Shaw dans *Mason c. Provident Clothing et Supply Co*, appelle connaissance « objective » ? Ou s'agit-il de connaissances qui font partie de l'équipement intellectuel du défendeur et qui lui appartiennent véritablement : connaissances que Lord Shaw

empêcher l'employé d'en profiter ; car ce serait porter atteinte à sa personnalité et à sa liberté individuelles (1). Autant il est légitime qu'il lui impose un non-usage absolu de la connaissance objective, qui est une propriété patronale, autant il est inadmissible qu'il puisse entraver la libre utilisation par son ex-employé d'une connaissance subjective, qui est une propriété ouvrière.

La différence entre les deux catégories de connaissances paraît encore plus claire quand on remarque la différence dans le degré de facilité avec laquelle on peut acquérir l'une et l'autre. En ce qui concerne la connaissance objective, tous les travailleurs, se trouvant dans la même situation, peuvent arriver à peu près au même degré d'assimilation s'ils se donnent la même peine et y consacrent le même temps. Du moment où le travailleur est dans une position qui lui permet d'être au courant des noms des clients, des relations commerciales, des procédés particuliers de l'entreprise et d'autres connaissances objectives, il n'a besoin que d'une capacité moyenne pour en acquérir la compréhension exacte. Ce genre de connaissance est, en quelque sorte, à la portée de tout le monde. Il n'en est plus de même en ce qui concerne l'acquisition de la connaissance subjective. Elle dépend, dans une très large mesure, de l'aptitude personnelle de chaque travailleur. Il y a des métiers et

appelle connaissance « subjective » ? S'il s'agit de la seconde, je pense qu'il ressort clairement du raisonnement de Lord Shaw, et plus encore des deux passages que je lirai du jugement de Phillimore dans *Eastes c. Russ*, que l'interdiction d'user de cette connaissance est illégitime », (1915, 2, Ch. p. 66).

(1) Cas *Saxelby* : dicta de Joyce (1915, 2 Ch., 94), de Lord Parker of Waddington (1916, A. C. 709-710), de Lord Shaw (1916, A. C. 714).

des fonctions plus ou moins mécaniques qui ne demandent pas une aptitude spéciale. Dans ceux-ci tous les travailleurs arrivent au même moment et avec la même attention à un niveau d'habileté presque pareil. Mais, par contre, il y a des métiers et des fonctions où l'aptitude personnelle est un facteur des plus importants pour l'obtention de leur maîtrise. Dans ceux-là, les mêmes hommes, avec la même peine et dans le même temps, obtiennent des résultats qui varient profondément suivant leurs capacités personnelles.

Dans toute entreprise et dans toute occupation intellectuelles ou manuelles, il existe des connaissances subjectives qu'acquièrent peu à peu, mais à des degrés inégaux, ceux qui s'y livrent : l'expérience pratique, l'adresse professionnelle dans l'exercice du métier ou de la fonction. C'est en ce qui concerne cette connaissance subjective qu'il devient nécessaire de distinguer entre les clauses restrictives imposées par le patron à l'employé, et celles qui sont imposées par le vendeur à l'acheteur. C'est relativement à l'utilisation de cette connaissance que les patrons abusent, trop souvent, de leur supériorité pour imposer à leurs employés des clauses oppressives qui, sous prétexte d'écarter tout danger de leur concurrence éventuelle, tendent, en réalité, à leur retirer le profit de leur expérience professionnelle. C'est aussi de cette connaissance subjective (c'est-à-dire la capacité professionnelle) que le travailleur a le besoin pressant pour gagner sa vie. C'est de celle-là qu'il lui importe le plus de conserver le libre usage.

C'est elle qui constitue l'origine et la raison d'être de la distinction établie entre les clauses restrictives des contrats de vente de fonds de commerce et les clauses restrictives des contrats de louage de services. Il n'y a

point de motif de différenciation entre les deux sortes de clauses tant qu'elles ne visent qu'à restreindre l'utilisation de la connaissance objective. Dans les deux cas il y a une propriété corporelle ou incorporelle à protéger, et un propriétaire digne de cette protection. Mais l'opposition entre les deux situations surgit dès qu'il s'agit de connaissance subjective. Le contrat de vente de fonds de commerce, par sa nature même, implique que le vendeur doit s'abstenir de se livrer à aucune concurrence qui soit de nature à diminuer la valeur du fonds vendu, tandis que le contrat de louage de service ne présuppose point en lui-même que le travailleur doive s'abstenir de gagner sa vie en se servant de connaissances subjectives acquises au cours de l'exécution de ce contrat, mais qui n'en sont pas moins un attribut de sa personnalité. La concurrence, en elle-même, n'est pas interdite entre employeur et employé (1).

La jurisprudence américaine reconnaît le droit du patron d'obtenir une protection complète en ce qui concerne les secrets du commerce et la connaissance objective (2). En tant qu'il s'agit de la connaissance subjective il se montre hostile, comme le droit anglais, bien que d'une façon moins accusée, à celles des clauses restrictives qui pèseraient trop lourdement sur les intérêts de l'employé (3).

(1) Cf. Lord Atkinson dans le cas *Saxelby* : « Si l'on admet, dit-il, comme je pense qu'on le doit, que personne n'a un droit abstrait à être protégé contre la concurrence en elle-même (per se) dans son commerce ou affaire, alors... » (1916, A. C. 700).

(2) *Thibodeau c. Hildreth* (124 Fed. 892 ; 63 L. R. A. 480) . *Magnolia Metal Co c. Price* 72 N. Y. S. 792). *Withop et Holmes Co. c. Royce* (112 N. Y. S. 874).

(3) *Taylor From et Steel Co. c. Nicholas*, 69 Abl. 186 ; 24, L. R. (N. S.) 933).

Cf. aussi *Clarck Paper et Manufacturing Co. c. Edward d. Stenacher* (29 A. L. R. 1325 ; 140, N. E. 708) et la note insérée à la fin du jugement. Williston relativement à la distinction entre la connaissance objective et la connaissance subjective dit : « L'importance de la distinction ainsi suggérée peut être concédée, mais elle ne résoudra pas toutes les difficultés auxquelles les clauses restrictives imposées à des employés donnent lieu. La connaissance objective est souvent tellement mêlée à la connaissance subjective que, pratiquement, un ex-employé ne peut se servir de son habileté subjective en concurrence avec son ex-patron sans utiliser la connaissance objective acquise pendant son service antérieur. En pareil cas, toutes les circonstances doivent être considérées, et, à moins qu'une rigueur excessive et déraisonnable soit ainsi causée, une clause exigée pour protéger l'entreprise du patron doit-être sanctionnée, même si l'employé est par là privé d'exercer son habileté subjective dans une direction particulière (Williston, *On Contracts*, § 1646).

CHAPITRE III

Conséquences juridiques des deux distinctions. La réaction qui s'est produite dans le domaine des contrats de louage de service.

Par l'effet des deux distinctions fondamentales que nous venons d'exposer, le principe de la liberté de travail s'est affirmé de plus en plus nettement dans le domaine des contrats de louage de service, alors que le principe de la liberté de contrat gardait la prééminence dans le domaine des contrats de cession des fonds de commerce. Toute l'histoire de la jurisprudence anglaise des « *restraints of trade* » s'analyse, nous l'avons vu, en un travail de conciliation entre les deux principes, travail constamment repris sur de nouvelles bases, mais toujours conduit (1) à la lumière de la police publique, puis du *standard* de rationalité.

Les deux principes se sont toujours disputé le terrain. Au début, c'est la liberté de travail qui l'a emporté. Puis ce fut la liberté de contrat. Avec la dernière phase de l'évolution du droit anglais ils ont conquis chacun leur domaine propre de prédominance. Sur le terrain

(1). Cf. Lord Shaw dans le cas *Mason* (1913, A. C. 739).

des contrats de louage de service (1), nous assistons au triomphe de la liberté de travail. La liberté de contrat y a été éclipsée, et cette éclipse a été due à l'application du même *standard* qui avait amené son triomphe dans l'autre domaine. Les deux mouvements dont nous avons suivi la marche parallèle, assouplissement des vieilles règles et développement de la liberté de contrat, se séparent ici pour la première fois.

La renaissance du principe de la liberté du travail s'est manifestée, dans la sphère des contrats de louage de service ou d'apprentissage, par un curieux retour à certaines des tendances de la seconde phase de l'histoire de la jurisprudence anglaise : l'hostilité à l'égard des restrictions à la liberté de travail, la présomption relative contre les clauses restrictives, l'exigence d'une considération suffisante, et même l'appel direct à l'autorité du cas *Mitchel c. Reynolds*, malgré son abrogation par le cas *Nordenfellt*. Le revirement de la jurisprudence à l'égard du traitement à assigner aux clauses de « *restraints of trade* » dans les contrats de louage de service s'est surtout produit sur cinq points importants : l'appréciation de la rationalité, la charge de preuve, la considération, l'indivisibilité des clauses restrictives, et l'appel à l'usage commercial.

§ 1. — APPRÉCIATION DE LA RATIONALITÉ.

Dans la troisième phase, en appréciant la rationalité d'une clause restrictive, on l'envisageait à un triple

(1) On envisage toujours dans ce domaine la connaissance subjective seulement. En ce qui concerne la connaissance objective elle reste régie par les mêmes règles applicables aux contrats de cession de fonds de commerce.

point de vue. Mais c'était surtout l'intérêt du stipulant qui était considéré. L'intérêt du promettant et celui du public étaient principalement envisagés en tant que liés à la conservation de la liberté et à la stabilité du contrat, c'est-à-dire par le point de vue où ils n'étaient pas en conflit avec l'intérêt du stipulant.

Dans la phase actuelle, et sur ce terrain limité où la liberté de travail passe au premier plan, les deux derniers intérêts se sont plus franchement dissociés du premier, et sont apparus sous un autre jour. Ils ont été envisagés surtout en tant que liés à la conservation de la liberté de travail.

En ce qui concerne la connaissance objective c'est encore l'intérêt du stipulant qui reste prédominant, comme nous venons de le voir (1). Mais il en est autrement de la connaissance subjective. Ici, il s'agit surtout de protéger le promettant et le public. Il ne convient plus de s'occuper avant tout de la protection du stipulant. Et ce n'est même plus cette protection qui tient le premier plan.

(1) Pour l'appréciation de la rationalité de la clause restrictive en ce qui concerne la connaissance objective, il faut tenir compte de la nature de la profession ou de l'industrie en question pour voir s'il y a des connaissances confidentielles engagées ; il faut également prendre en considération la durée du service, la situation de l'employé dans l'entreprise (ex. : voyageur de commerce), en un mot l'accès plus ou moins facile que l'employé peut avoir à la connaissance des procédés particuliers de l'entreprise et des secrets de commerce.

Ce qui concerne l'organisation d'une entreprise rentre généralement dans la connaissance subjective, du moins quand il s'agit de l'organisation administrative. C'est ce qui résulte du *dictum* du Lord Justice Farwell dans *Leng. c. Andrews* (1909, 1, Ch., 773). Mais la question change d'aspect quand il s'agit de l'organisation technique. Celle-ci arrive quelquefois à un degré de perfectionnement scientifique tel qu'elle peut rentrer dans la connaissance objective.

En ce qui concerne le promettant, on constate désormais qu'il est beaucoup plus intéressé à conserver sa liberté de travail, pour pouvoir gagner sa vie, qu'il ne l'est à conserver sa liberté de contrat. De plus, son intérêt apparaît en contradiction flagrante avec celui du stipulant. Car c'est ici que surgit le danger que le patron abuse de sa supériorité pour imposer des clauses restrictives extrêmement larges à l'employé, non pas en vue de se procurer à lui-même une protection légitime, mais dans le but d'enchaîner le promettant à son service, et, pour le cas où celui-ci quitterait son emploi, d'écarter toute concurrence éventuelle venant de sa part. Il faut, par conséquent, en appréciant la rationalité d'une clause restrictive de ce genre, prendre en première considération l'intérêt de l'employé avant celui du patron (1).

(1) Il est intéressant de constater comment la jurisprudence anglaise à ce point de vue a changé de ton quand elle a passé de la troisième à la quatrième phase. Dans la troisième phase on parle surtout de la protection du patron. Je relève notamment le *dictum* suivant du Maître des Rôles Lindley dans le cas *Underwood c. Barker* : « Le fait que la personne qui se lie par la restriction est sans ouvrage et à la recherche d'un emploi, et est par conséquent dans une situation désavantageuse pour la discussion du marché, ne peut pas être un motif pour tenir son marché non valable, à moins que quelque avantage déloyal ait été tiré de sa position, et, tant que son marché est raisonnable au point de vue de la protection de l'employeur, on ne peut pas dire véritablement qu'un avantage déloyal est pris » (1899, 1, Ch. 306). Dans la quatrième phase on lit des *dicta* d'un ton tout à fait différent. Le juge Sargant dit : « Dans la détermination de cette question de rationalité je pense que les intérêts de l'employeur ne sont pas le seul élément à considérer, mais que je puis et dois tenir compte du degré de caractère oppressif de la restriction pour le serviteur, particulièrement au point de vue du dommage causé à l'intérêt public par l'indû enchaînement de ses énergies » (1915, 2, Ch., pp. 64-65). De même le Maître des Rôles Cozen-Hardy a dit :

Quant au public, son intérêt se trouve en harmonie avec celui du promettant, et en contradiction avec celui du stipulant. Il est intéressé, autant que le promettant, à la conservation de la liberté de travail, et cela à trois points de vue. D'abord il a intérêt à ce qu'aucun travailleur, ayant l'aptitude à rendre des services à la communauté par son activité, ne soit exclu du champ de la concurrence. Et on ne saurait comparer l'ouvrier qui, en pleine possession de sa force professionnelle, passe un contrat de louage de service, ou le travailleur, plein d'espérances, qui conclut un contrat d'apprentissage, au vieillard épuisé qui veut se retirer de la vie active en vendant son entreprise. Le public est également intéressé à ce que chacun des membres du groupe social trouve le moyen de gagner sa vie par son travail au lieu de vivre à la charge de la communauté. Enfin il est intéressé à ce que la classe supérieure, celle des patrons, n'abuse pas de la faiblesse de la classe inférieure, celle des travailleurs, et ne provoque pas ainsi dans les milieux ouvriers des manifestations de mécontentement ou des mouvements de révolte. C'est là une question de justice sociale en même temps qu'une question de bonne politique économique nationale (1).

« Je pense qu'on doit avoir égard à l'intérêt du promettant, et non pas uniquement à l'intérêt du stipulant » (1915, 2, Ch. 77). Cf. aussi Joyce J. (1915, 2, Ch. pp. 90-92), Lord Shaw (1916, A.C., 716).

(1) Plusieurs *dicta* dans la jurisprudence anglaise actuelle constatent l'harmonie entre l'intérêt du promettant et celui du public. C'est ainsi que Lord Atkinson dit dans le cas *Saxelby* : « L'ensemble du public souffre avec lui (c'est-à-dire le promettant) ; car il est de l'intérêt public qu'un homme soit libre de tirer de son habileté et expérience un profit maximum pour son propre bénéfice et pour celui de tous ceux qui désirent l'employer. Et, dans des cas comme le présent, l'intérêt du public en ce qui concerne ces restrictions et l'intérêt

Il y a donc ici parfaite harmonie entre l'intérêt du public et celui du promettant (1). Tandis que, dans le domaine des contrats de cession de fonds de commerce, ces deux intérêts sont secondaires et se rallient ordinairement à l'intérêt prédominant du stipulant, nous constatons, au contraire, que, dans le domaine du louage de service, en ce qui concerne la connaissance subjective, ils sont en contradiction avec celui-ci, et qu'ils passent au premier plan. Sur ce terrain la rationalité de la clause restrictive est appréciée surtout en envisageant ces deux intérêts prédominants. La clause serait, en règle générale, déraisonnable et nulle si l'on interdisait au travailleur de se servir de sa connaissance subjective pour gagner sa vie.

§ 2. — CHARGE DE LA PREUVE DE LA RATIONALITÉ.

Dès la deuxième phase, et après une évolution que nous avons déjà examinée, la jurisprudence anglaise s'était fixée en ce sens que la preuve de la rationalité est à la charge du promettant. Pendant cette période il y avait eu un mouvement continu en faveur de la liberté de contrat, qui avait abouti à la destruction des deux présomptions — absolue et relative — contre les

du promettant, s'ils ne sont pas limitrophes, sont certainement entrelacés » (1916, A.C., 699). Cf. aussi : 1913, A.C. 734, 738 ; 1916, A.C. 714, 716 ; 1915, 2 Ch. 64 ; 1915, 2 Ch. 90).

(1) Cette harmonie vient, comme nous venons de le voir, de ce que c'est la liberté de travail, par rapport à la liberté de contrat, qui est devenue la plus importante. On se rappelle que la liberté de contrat, au point de vue de l'intérêt du public, a grandi en importance pendant la troisième phase. Nous assistons dans la phase actuelle à une réaction contre cette liberté, réaction qui est, d'ailleurs, générale dans le domaine des contrats de louage de service.

clauses restrictives. La réaction, qui s'est produite dans le domaine des contrats de louage de service pendant la phase actuelle, et la prédominance de la liberté de travail ont naturellement exercé leur répercussion sur la charge de la preuve. Avec l'effacement de la liberté de contrat dans ce champ particulier de la théorie des *restraints of trade* l'ancienne présomption contre les clauses restrictives y est réapparue par l'effet d'un transfert de la charge de la preuve. Il s'est produit un retour partiel à l'ancien état des choses qui existait avant le cas *Tallis c. Tallis* (1).

La question de la charge de la preuve se pose ici en ces termes :

En présence d'une clause restrictive insérée dans un contrat de louage de service, à qui incombe-t-il d'en prouver la rationalité ou l'irrationalité ? Est-ce le promettant qui doit, pour s'en dégager, prouver qu'elle est déraisonnable en démontrant, par exemple, qu'elle l'empêche de profiter de sa connaissance subjective et par là de gagner sa vie ? Ou est-ce le stipulant, au contraire, qui doit prouver, pour la faire sanctionner, qu'elle est raisonnable, en établissant, par exemple, qu'elle ne fait que le protéger dans la connaissance objective de l'entreprise, sa propriété incorporelle ? C'est la première solution qui a été adoptée depuis le milieu de la deuxième phase jusqu'à la fin de la troisième. La deuxième solution est celle qui a prévalu pendant notre période.

Ce nouveau revirement de la jurisprudence a commencé à se dessiner dans le cas *Mason* où le Lord Chancelier

(1) 1 E et B 391. On se rappelle que ce cas marque le revirement de la jurisprudence qui a mis désormais la preuve à la charge du promettant, au lieu du stipulant, comme il en était auparavant.

Haldane a dit : « My Lords, les intimés (c'est-à-dire les stipulants dans ce cas particulier) ont à démontrer que la restriction qu'ils ont cherché à imposer ne va pas au delà de ce qui était raisonnable pour la protection de leur affaire (1) ».

C'est donc que la présomption relative, disparue depuis longtemps, reparait et se dresse à nouveau, mais cette fois seulement contre la clause restrictive insérée dans un contrat de louage de service, puisqu'on exige du stipulant qu'il démontre que la clause restrictive, qu'il veut imposer, est raisonnable. L'affirmation de Lord Haldane paraissait quelque peu audacieuse, à un moment où la liberté de contrat régnait encore et alors qu'il était de jurisprudence depuis longtemps certaine, en ce qui concerne les contrats de cession des fonds de commerce, que la charge de la preuve pesait sur le promettant. Aussi n'est-on pas surpris de constater que le Maître des Rôles Cozen-Hardy, dans deux occasions successives et postérieures au cas *Mason*, la mette d'abord en doute, puis affirme l'avis contraire, tout en faisant remarquer que la question était dénuée de toute importance pratique dans les deux cas particuliers sur lesquels il avait à statuer (2).

C'est dans le cas *Saxelby* que la jurisprudence anglaise, jusque-là résistante, s'est définitivement fixée en ce sens que la preuve, dans les contrats de louage de service, est à la charge du stipulant. Trois magistrats se sont alors prononcés dans la Chambre des Lords, quoique avec une inégale énergie, en faveur de cette doctrine qui ressuscite partiellement l'ancienne présomp-

(1) 1913, A.C., 733.

(2) *Eastes c. Russ* (1914, 1 Ch. 475), *Saxelby Case* (1915, 2, Ch., 76).

tion relative à l'encontre des clauses restrictives et réagit contre un développement excessif de la liberté du contrat. De ces trois magistrats, c'est Lord Shaw of Dumferline qui a pris le plus nettement parti en faveur de la thèse nouvelle. Il va même jusqu'à parler de la présomption que la loi établit en faveur de la libre disposition (par l'homme) de son propre travail, c'est-à-dire de la présomption en faveur de la liberté de travail, et par conséquent d'une présomption à l'encontre de la liberté de contrat. Il s'exprime en ces termes : « A mon avis, quand on fait d'une pareille clause restrictive la base d'une demande en injonction, 1^o il n'est pas suffisant d'invoquer la convention ; 2^o des faits et circonstances doivent être établis qui puissent autoriser à invoquer la loi, et l'exposé de ces faits et circonstances doit faire ressortir des particularités dans les relations des parties ou des nécessités particulières du cas, qui soient de nature à surmonter la présomption que la loi établit en faveur de la libre disposition par chacun de son travail ; 3^o quand des faits et circonstances sont ainsi relevés, c'est à la partie qui les affirme qu'il incombe de convaincre la cour de leur suffisance pour surmonter la présomption ; 4^o et plus la durée de la restriction s'allonge, ou sa sphère d'opération s'étend, plus le poids de cette charge augmente (1) ».

A partir de ce moment une distinction bien tranchée est établie, en ce qui concerne le fardeau de la preuve, entre les « restraints of trade » des contrats de louage de service et les « restraints of trade » des contrats de cession de fonds de commerce. Pour les premières, c'est désormais au stipulant de prouver la rationalité d

(1) 1916, A.C. 715.

restriction, tandis que, dans les secondes, la charge de la preuve de l'irrationalité continue à peser sur le promettant.

§ 3. — CONSIDÉRATION.

La considération, on se le rappelle, avait dans les périodes antérieures diminué graduellement d'importance, pour finir par s'absorber complètement dans la rationalité. Elle en était devenue un simple élément d'appréciation. Cet état de choses s'est maintenu dans le domaine des contrats de cession des fonds de commerce. Mais le même mouvement, que nous venons de suivre en ce qui concerne la charge de la preuve, n'allait-il pas faire revivre la considération comme une condition distincte pour la validité des clauses restrictives dans les contrats de louage de service ?

Il n'est pas douteux qu'il existe des raisons économiques de distinguer à cet égard entre les deux sortes de contrat. On peut logiquement présumer que le contrat de cession de fonds de commerce et les diverses promesses qui y sont faites par le cédant ont été consentis en vue d'une considération suffisante. Les deux parties à ce contrat débattent le marché librement. Chacune, dans la défense de ses propres intérêts, se trouve sur le pied d'égalité vis-à-vis de l'autre. On est donc justifié à admettre jusqu'à preuve contraire que le vendeur a obtenu un prix suffisant comme compensation à l'aliénation de son entreprise et à la restriction à sa liberté de travail. Cette égalité de fait entre les parties n'existe plus dans les contrats de louage de services. On peut toujours y redouter que le travailleur, se trouvant dans la situation inférieure, ne reçoive pas une

considération suffisante pour la restriction qu'il s'impose. Il est donc naturel que, dans ce cas, on oblige le patron à prouver que le travailleur a bien obtenu en fait cet équivalent équitable. La différence entre les deux sortes de restrictions consiste donc en ce qu'on ne présume pas dans le contrat de louage de service l'existence d'une considération suffisante, tandis qu'on la présume dans le contrat de cession de fonds de commerce (1).

Mais, dans ce cas comme dans l'autre, l'existence de la considération, présumée ou non présumée, reste un simple élément dans l'appréciation de la rationalité, et non pas une condition distincte, depuis qu'on a remplacé les conditions diverses et les classifications artificielles par le nouveau *standard* dans tout le domaine des « restraints of trade ».

(1) C'est ainsi que, dans les arrêts de cette dernière période qui visent les contrats de louage de service, les cours revendiquent un certain contrôle sur la considération afin de voir si elle est suffisante pour compenser la restriction. Dans le cas *Mason* le lord chancelier vicomte Haldane dit : « L'appelant se serait obligé pendant trois ans à ne pas s'employer dans la même affaire ou une affaire similaire dans le rayon de 25 milles autour de Londres ou aucune autre place où il a été au service des intéressés pendant la durée de la convention, — une convention, il convient de le remarquer, qui aurait fort bien pu ne pas durer plus qu'une quinzaine ». (1913, A. C., p. 732.)

Dans le même cas lord Shaw a dit : « La période de son service (c'est-à-dire du service du promettant) en vertu du contrat aurait pu ne durer qu'une quinzaine, et la restriction avec toute l'étendue que nous avons indiquée ci-dessus, et pour la même période d'années — une restriction à sa liberté de gagner sa vie habituelle par les moyens accoutumés — n'en serait pas moins restée la même. En vue de cet emploi pour deux semaines, son engagement lui aurait fermé toute manière de service dans la même classe de commerce, pendant trois ans, parmi une population d'environ six millions d'habitants ». (1913, A. C., p. 741.)

§ 4. — DIVISIBILITÉ DES CLAUSES RESTRICTIVES.

On se rappelle que la jurisprudence anglaise a admis sous certaines conditions le principe de la divisibilité de la clause restrictive qui dépasse la mesure raisonnable.

En posant ce principe, la jurisprudence s'est simplement conformée au mouvement général en faveur de la liberté de contrat, dont nous avons constaté la progression à partir de la deuxième phase. Au lieu d'annuler entièrement une clause déraisonnable, elle l'a considérée, quand la division est possible, comme valable pour une partie.

Avec la réaction contre la liberté de contrat, qui s'est produite dans le domaine des contrats de louage de service, faut-il revenir sur ce principe et considérer, dans ce domaine, comme entièrement nulle une clause déraisonnable ?

Il semble que la jurisprudence anglaise actuelle tende vers cette solution. On voit, par exemple, apparaître pour la première fois, dans le cas *Mason*, une condition nouvelle de la divisibilité de la clause restrictive, qui réduit singulièrement l'importance du principe. Lord Moulton y a affirmé l'existence de cette condition en exigeant pour qu'une clause restrictive soit divisible que « l'excès soit d'une importance minime, ou purement technique, et ne constitue pas une partie du contenu principal et de la substance de la clause (1) ». C'est

(1) Voici ce qu'il dit à ce propos : « Il a été suggéré dans la discussion que, même si la clause était, dans son ensemble, trop large, la cour pourrait sanctionner les restrictions qu'elle aurait considérées comme raisonnables (alors même qu'elles ne seraient pas mentionnées expressément dans la clause) pourvu qu'elles rentrent dans son contenu. My Lords, je ne doute pas que la cour puisse sanctionner, — et

donc seulement, d'après lui, quand la clause restrictive est raisonnable dans ses parties principales, qu'on peut en écarter une partie accessoire qui est excessive. Cette exigence finale mérite d'être soulignée. Elle est en contraste frappant avec la facilité avec laquelle on admettait antérieurement la divisibilité de la clause restrictive et avec la complaisance qu'on apporte encore à l'admettre actuellement en ce qui concerne les contrats de cession de fonds de commerce. La clause était jadis dans la totalité du domaine des *restraints of trade*, et elle demeure aujourd'hui dans le cercle limité des cessions de fonds de commerce, divisible même dans ses parties principales.

L'abandon final de cette jurisprudence, en ce qui concerne les contrats de louage de services, s'explique par la préoccupation de réagir contre une spéculation trop fréquente du patron. Celui-ci impose à l'employé une clause qui tend à l'enchaîner à son service, dans l'espoir que, malgré son défaut de validité aux yeux de la loi, cette clause n'en produira pas moins son effet paralysant, parce que l'ouvrier n'aura pas la facilité pécuniaire de recourir à la justice, et que, dans le cas où il arriverait à y recourir, la cour sanctionnerait tout au moins la clause restrictive dans la mesure où elle est raisonnable. Sous le couvert de la jurisprudence an-

dans quelques cas sanctionnera — une partie de la clause « *in restraint of trade* » même si la clause, prise dans son ensemble, excède ce qui est raisonnable. Mais, à mon avis, ceci ne doit être fait que dans les cas où la partie susceptible d'exécution forcée est évidemment divisible et, même dans ce cas, seulement quand l'excès est d'une importance minime, ou purement technique, et ne constitue pas une partie du contenu principal et de la substance de la clause » (1913, A.C. p. 745).

cienne le patron ne se serait exposé à aucun risque en stipulant une clause excessive. Il aurait couru la chance de la voir exécuter volontairement par l'employé à raison de ses difficultés matérielles d'accès à la justice et, dans la pire hypothèse, au cas où le promettant se déterminerait à faire les sacrifices nécessaires pour entrer dans la voie de la litigation, le patron aurait vu les cours venir à son aide et, « en appliquant leur ingéniosité et leur connaissance de la loi, comme a dit Lord Moulton dans le cas *Mason*, sculpter dans cette clause nulle le maximum de ce qu'il aurait pu valablement exiger (1) ». C'est pour déjouer les calculs de cette sorte

(1) Lord Moulton s'est exprimé dans les termes suivants : « Il se fait, à mon avis, *pessimi exempli* que, quand un employeur a exigé une clause délibérément conçue dans des termes déraisonnablement larges, les cours dussent venir à son secours et, en appliquant leur ingéniosité et leur connaissance de la loi, sculpter dans cette clause nulle le maximum de ce qu'il aurait pu valablement exiger. On doit se rappeler que la sanction réelle, qui se cache derrière ces clauses, est la terreur et les dépenses d'une litigation dans laquelle le serviteur se trouve habituellement en grand désavantage, étant donnée la bourse plus large de son maître. Il est triste de penser que, dans le cas présent, l'appelant, dont l'emploi est relativement humble, a dû passer devant quatre cours avant de pouvoir se libérer de restrictions aussi déraisonnables que celles que lui impose cette convention, et la situation difficile imposée à l'employé par l'exigence, par les employeurs, de clauses déraisonnables, s'aggraverait si les patrons pouvaient continuer cette pratique, en escomptant, après qu'ils auront exposé leurs serviteurs à l'inquiétude et aux dépenses de la litigation que la cour leur permettra finalement d'obtenir tout ce qu'ils auraient pu obtenir en agissant raisonnablement. Il est évident que ceux qui ont fait cette convention ont voulu en faire une convention pénale plutôt qu'une convention protectrice ; qu'ils ont espéré par son moyen paralyser les capacités de gain de l'ouvrier pour le cas et le moment où il quitterait leur service, et qu'ils n'ont pas pensé à ce qui serait une protection raisonnable de leur entreprise. Ayant agi ainsi, ils doivent en supporter les conséquences » (1913, A.C. p. 745)

que la jurisprudence anglaise actuelle annule entièrement la clause restrictive insérée dans un contrat de louage de service, si elle tombe sous sa censure, lorsque cette clause est excessive dans ses parties principales.

§ 5. — CONFORMITÉ A L'USAGE.

Une dernière réaction contre la liberté de contrat dans le domaine des contrats de louage de services se manifeste dans le fait que la jurisprudence anglaise, en appréciant la rationalité d'une clause restrictive dans ce domaine, tient compte de sa conformité à l'usage. On voit apparaître des préoccupations de cette sorte dans les cas *Leng c. Andrews* (1) *Mason* (2) et *Saxelby*.

(1) C'est ainsi que le lord Justice Fletcher Moulton a dit : « Mais je pense qu'il est aussi loisible aux deux parties de soumettre à la cour la preuve de ce qui est d'usage dans cet emploi, parce que, si une chose est d'usage, c'est une raison de la considérer, d'une part, comme raisonnablement nécessaire, et, d'autre part, comme n'étant pas déraisonnablement sévère entre les parties. Si, par ailleurs, on peut montrer qu'il est extrêmement peu usuel et presque inconnu que certaines restrictions soient imposées, un grand pas est fait pour justifier de la part de la cour cette conclusion que les parties dans l'affaire, qui sont supposées connaître ce qui est nécessaire pour la mener avec succès, ont dû elles-mêmes conclure qu'elle n'était pas raisonnablement nécessaire à leur protection. Dans l'espèce la restriction est inusitée. En fait, elle semble constituer un cas presque unique. Le seul autre cas qui ait été invoqué dans les témoignages était un cas où le propriétaire d'un journal, après avoir tenté d'introduire cette restriction, avait constaté l'impossibilité de l'appliquer à son personnel » (1909, 1, Ch. p. 770).

(2) Le lord Chancelier Haldane a dit : « Le témoignage n'est pas admissible sur la question de validité ou de rationalité, quoique le témoignage soit admissible sur la nature de l'entreprise et de l'emploi et, je pense, aussi sur une pratique quelconque qui est usuelle parmi les hommes d'affaires en ce qui concerne les termes de l'emploi » (1913, A.C. 732-33). Cela indique qu'on a besoin de connaître ces

Dans ce dernier cas le Maître des Roles Cozen Hardy, va jusqu'à ranger parmi les causes d'irrationalité de la clause restrictive le fait qu'elle n'est pas dans les usages de l'industrie dont il s'agit : « D'ailleurs, dit-il, une telle convention restrictive n'est pas usuelle dans l'industrie d'ingénieur (1) ».

Voilà encore une nouvelle exigence dont l'application se limite aux seuls contrats de louage de service ou d'apprentissage. Elle marque une fois de plus la réaction contre la liberté de contrat, en imposant au stipulant la nécessité de se conformer à l'usage s'il veut user de cette liberté pour lier le promettant par une clause restrictive — exigence inconnue dans le domaine des contrats de cession de fonds de commerce. On sent là se dessiner, dans le domaine des contrats de travail, la tendance à substituer un régime de statut, où on ne peut plus s'écarter des usages consacrés et des règles préétablies, à un régime de libre contrat, où la volonté individuelle était toute puissante.

Dans le droit américain il ne semble pas que toutes les conséquences qui découlent de la distinction entre les deux catégories de contrats soient aussi développées que dans le droit anglais (2).

pratiques usuelles pour apprécier la rationalité de la clause restrictive.

(1) 1915, 2, Ch. 79.

(2) En effet la jurisprudence américaine ne se montre pas aussi favorable à l'employé que la jurisprudence anglaise. Cf. WILLISTON *On Contracts* § 1646, p. 2902).

CHAPITRE IV

Quelques applications pratiques.

. Nous examinerons ici quelques cas où la jurisprudence anglaise a appliqué les principes que nous venons d'exposer en ce qui concerne les contrats de louage de service, en commençant par le *cas Mason*, qui est le point de départ de la quatrième phase.

I. — *Mason c. Provident Clothing and Supply Company Limited* (1). — Dans l'espèce le défendeur poursuivi en exécution d'une clause restrictive, Mason, avait été engagé comme démarcheur et collecteur en vertu d'un contrat du 25 mars 1908, par une société exploitant un commerce d'habillement et approvisionnement d'après la méthode de vente à crédit connue sous le nom de *check and credit system*, à Londres, — dans le comté de *Middlesex*, spécifiait la convention — et dans d'autres lieux. Mason devait être rémunéré par une commission sur les sommes recueillies par lui pour la compagnie et la convention prévoyait que l'engagement du démarcheur pourrait être terminé par l'une ou l'autre partie en tous temps en

(1) 1913, 1 Q.B. 65-78 ; 1913, A.C. 724-746.

donnant préavis de deux semaines. La clause 8 de la convention contenait la disposition suivante : « Et, en considération des dits avantages, le dit William Milne Mason consent ici à ne point, pendant trois ans après la fin de son engagement et de ses services à la compagnie, être au service de, ou être engagé d'aucune manière que ce soit, soit pour son propre compte, soit comme associé ou agent, directeur ou assistant de toute personne ou personnes, firme ou firmes, compagnie ou compagnies, exploitant la même affaire ou une affaire similaire à celle de la *Provident Clothing and Supply Co* dans les 25 milles de la ville de Londres telle qu'elle a été définie ci-dessus, ou la compagnie exerce son affaire ou dans les 25 milles de toute place où le dit William Milne Mason aura été employé par la compagnie à un moment quelconque pendant la durée de cette convention. Et, dans le cas où le dit William Mason passerait un des engagements ci-dessus interdit, il payerait à la compagnie la somme de 25 livres par voie de dommages liquidés et non par pénalité ».

Le *check and credit system* (système des bons de crédit), suivi par la compagnie plaignante, est décrit comme il suit par l'un des juges de la cause.

Les plaignants font des offres aux membres du public qui doivent être des chefs de famille vivant dans leurs meubles (*householders*) ou d'autres personnes que, à raison des garanties que donne leur situation financière, ils admettent à devenir membres de leur société. Pour y rentrer, le candidat doit demander un *check* (bon) ou une part (*share*) de la compagnie, dont la valeur peut varier de 10 s. à 10 livres. Le prix réclamé par la compagnie pour ces bons ou parts est la valeur nominale du bon plus une somme additionnelle à titre d'intérêts (appe-

lée commission (*poundage*) de 1 s. par livre sur la valeur nominale du bon. Le montant du bon est payable par le membre à la compagnie par acomptes hebdomadaires de 1 s. par livre. Le bon est remis au membre sur paiement par lui de la somme imposée comme commission et de trois acomptes hebdomadaires. Des arrangements sont pris par les plaignants avec divers boutiquiers locaux pour la fourniture de marchandises de toutes sortes aux membres sur présentation de ces bons, et une liste de ces magasins est remise aux adhérents. Toutes les marchandises ainsi fournies sont mises au débit de la compagnie et payées par elle, les boutiquiers lui consentant un escompte considérable en considération du développement d'affaires nouvelles et de la sécurité de paiement qu'elle leur apporte. Les membres ne sont pas obligés à dépenser tout le montant du bon dans une boutique ou dans un temps donné ; ils peuvent aller dans autant de magasins qu'ils le désirent, pourvu que ceux-ci soient compris dans la liste de magasins dressée par la compagnie. A l'occasion de chaque achat, le boutiquier mentionne la somme dépensée, à son magasin sur le dos du bon, signe ou met des initiales, et le remet au membre, tant que le montant total du bon n'est pas épuisé. Dans ce dernier cas, le bon est retenu par le boutiquier chez qui le crédit a été dépensé.

La compagnie mène ce commerce par le moyen de démarcheurs dont la tâche est de solliciter des demandes de bons et de recueillir les acomptes hebdomadaires à mesure qu'ils deviennent dus. Elle emploie de 6.000 à 7.000 démarcheurs en Angleterre, et possède une centaine de succursales entre lesquelles sont répartis les démarcheurs. Elle compte 15 *offices de district* à Londres auxquels mille démarcheurs environ sont attachés. Les

démarcheurs ont besoin de recevoir un entraînement spécial du directeur de la compagnie pour être mis en état d'accomplir leurs tâches et ils reçoivent des instructions écrites, auxquelles ils doivent se conformer, au sujet des méthodes à suivre pour solliciter les clients. Chaque démarcheur a un *district* spécial qui lui est assigné.

Mason fut attaché à la branche *d'Islington*, et fut exclusivement employé dans ce *district*. Il fut renvoyé par les plaignants le 16 mai 1911, et peu après entra au service de la *People's Supply Company* qui exploitait une affaire similaire à Londres, dans le quartier d'Islington.

La compagnie le poursuivit dans la cour de comté pour obtenir une injonction lui interdisant de violer la clause de son contrat et pour le faire condamner à des dommages-intérêts. La cour de comté accorda l'injonction, mais sa sentence fut renversée par la cour divisionnaire pour le motif que la clause était trop vague pour être susceptible d'être sanctionnée par « injonction ».

La Cour d'Appel réforma l'arrêt de la cour divisionnaire et restaura la décision de la cour de comté sous réserve d'une modification dans la forme de l'injonction (1).

La Cour d'Appel n'avait pas fait la distinction entre les contrats de louage de service et les contrats de cession de fonds de commerce. En appréciant la rationalité de la clause restrictive, elle s'était abstenue de faire entrer

(1) Dans la cour d'appel le lord Justice Buckley a dit : « Le défendeur, en tant que le serviteur payé des plaignants, a été traité par ses employeurs de façon à devenir une sorte particulière d'expert dans ce genre d'affaires. Dans ces circonstances je pense que la convention était raisonnable en point de loi » (1913, 1 K.B. p. 74).

en ligne de compte la circonstance qu'il s'agissait d'un contrat de louage de service.

C'est pour cette cause que la Chambre des Lords condamna, avec l'autorité souveraine qui s'attache à ses décisions, la solution que la Cour d'Appel avait tirée d'une application trop aveugle des principes posés dans le cas Nordenfelt.

C'est à cette occasion que la Chambre des Lords dégagea nettement les distinctions entre les deux catégories de contrats, ceux de louage de services et de cession de fonds de commerce, et entre les deux sortes de connaissances, objective et subjective. Elle appliqua ensuite ces principes à l'espèce. Le Lord Chancelier Vicomte Haldane constata qu'il s'agissait d'un cas de louage de services où la connaissance acquise par l'employé pendant son service était due principalement à ses aptitudes naturelles et à ses efforts personnels, et non pas à l'entraînement spécial reçu de la compagnie. C'était par conséquent une connaissance subjective. Si la restriction imposée à l'employé s'était limitée à l'espace où il avait effectivement travaillé, elle aurait été raisonnable. Car, malgré le caractère subjectif de la connaissance acquise, une restriction ainsi limitée est nécessaire pour protéger la compagnie sans être assez étendue pour empêcher l'ex-employé de gagner sa vie. Mais, dans l'espèce du cas *Mason*, la trop grande étendue de l'aire de la restriction, la période de trois ans, l'insuffisance de la considération en vue de laquelle l'engagement avait été pris, constituaient autant d'arguments contre la validité de la clause restrictive. Cette clause ne répondait nullement à un besoin réel de protection de l'entreprise, étant donné le caractère local de celle-ci.

Elle était, par conséquent, déraisonnable et nulle (1). Lord Shaw of Dunfermline constata aussi que la restriction dépassait la mesure nécessaire pour la protection de l'entreprise et que la considération en vue de laquelle elle avait été contractée était insuffisante. Il estima donc qu'elle devait être considérée comme entièrement nulle sans appliquer le principe de la divisibilité (2). Enfin, Lord Moulton se plaça à son tour sur ce dernier terrain en formulant la règle qui subordonne la divisibilité des clauses restrictives, en matière de contrat de travail, à la condition que la partie excessive à écarter soit d'une importance minime ou purement technique (3). Il invoqua aussi le caractère local de l'entreprise pour établir que la restriction dépassait la mesure nécessaire à sa protection (4).

Le cas *Mason* a marqué le commencement d'une nouvelle phase dans l'évolution de la jurisprudence anglaise. Les principes qui y étaient établis ont été suivis dans de nombreux cas dont nous allons parcourir maintenant les plus saillants.

II. *Eastes c. Russ* (5), — Le plaignant Eastes était à la tête d'un laboratoire de pathologie. Son travail consistait à faire l'analyse chimique microscopique et bactériologique des matières qui lui étaient envoyées et en consigner le résultat dans des rapports. C'était là en 1901 une nouvelle méthode de recherches médicales ; il n'y avait que deux ou trois institutions similaires à Londres, et les clients du plaignant étaient presque tous

(1) 1913, A.C. 731.

(2) 1913, A.C. 735.

(3) *Supra* p. 303.

(4) 1913, A.C. 743.

(5) 1914, 1, Ch. 468.

les médecins résidents dans le *district* de la rue *Harley*. En 1905 le plaignant avait engagé le défendeur Russ comme assistant microscopiste dans son laboratoire sous des termes et conditions qui permettaient de mettre fin à l'engagement sur un préavis d'un mois. Le défendeur s'était engagé à ne pas se livrer à un travail similaire dans les dix milles autour du laboratoire du plaignant ; aucune limite de temps n'était fixée. La période de préavis fut ultérieurement allongée. Le plaignant donna au défendeur un préavis de 6 mois le 15 juillet 1912 ; mais, par consentement mutuel, l'engagement fut terminé le 25 octobre. Le défendeur peu après ouvrit un laboratoire pathologique à moins d'un demi-mille du laboratoire du plaignant.

Eastes introduisit une action contre Russ à raison de la violation par ce dernier de la clause d'interdiction de travail. Le juge Sargant estima que, d'après l'interprétation naturelle du contrat, la durée de la restriction était limitée à celle du service, et qu'elle avait expiré avec celui-ci. Et, par conséquent, il rejeta l'action.

La Cour d'Appel fut au contraire unanime à considérer qu'il ressortait des termes mêmes du contrat que la durée de la restriction avait été conçue comme devant s'étendre à toute la vie du défendeur. Mais ses membres se divisèrent sur la conclusion à tirer de cette constatation. La majorité décida que la restriction, ainsi interprétée, était trop large pour la protection du plaignant et, dès lors, nulle. Elle confirma ainsi le jugement de Sargant, mais en s'appuyant sur d'autres motifs que lui. Le Maître des Rôles, Cozen Hardy, partant de la distinction établie dans le cas *Mason* entre les contrats de louage de service et les contrats de cession de fonds de commerce, déclara que la clause restrictive était trop

large pour un contrat de louage de service et qu'elle était en même temps indivisible (1).

Le Lord Justice Phillimore fit appel aussi à la distinction entre la connaissance objective et la connaissance subjective, et releva par ailleurs que la durée de la restriction — toute la vie du défendeur — était trop longue. (2)

Le Lord Justice Swinfen Eady ne suivit pas l'opinion de la majorité. D'après lui, il y avait lieu de distinguer entre le cas présent et le cas *Mason*. Tous les deux étaient des cas de louage de services ; mais, dans le cas présent, la profession dont il s'agissait était une profession d'ordre technique et différait essentiellement de celle d'un démarcheur, d'un voyageur de commerce ou d'un journaliste ; elle exigeait beaucoup plus de protection. Cela revenait à dire que la connaissance acquise par le défendeur pendant son service était plutôt objective, et qu'à ce titre elle méritait une défense plus étendue. Il estima que, de ces deux plaideurs, plaignant et défendeur, c'était le premier qui était le plus digne de protection, et que dès lors, contrairement à l'avis de ses collègues, la clause restrictive aurait du être considérée comme raisonnable (3).

III. *Nevanas and Co c. Walker & Foreman* (4). — Le défendeur Foreman appartenait au commerce de gros des substances alimentaires. En 1907 Sydney Nevanas entre en relations avec lui, et lui demande son assistance pour s'établir dans le commerce de viande en gros. Un contrat de louage de services est passé le 24 août 1907

(1) 1914, 1, Ch. 473.

(2) 1914, 1, Ch., 489.

(3) 1914, 1, Ch., 83-487.

(4) 1914, 1, Ch., 413.

pour 3 ans, et Foreman s'engage dans ce contrat à ne pas se livrer au même métier après l'expiration de son service dans le rayon de 10 milles autour de Liverpool, tant que Nevanas y exercerait la dite affaire. En novembre 1908 Nevanas cède son affaire à la compagnie plaignante. Dans les statuts (memorandum) de la compagnie l'affaire est décrite comme celle d'un « importateur de viande et d'un agent pour importateurs et négociants en viande (de conserve) menée à Manchester, Liverpool et Nottingham ». Foreman fut ensuite employé par la compagnie comme directeur. L'accord du 24 août 1907 entre Foreman et Nevanas fut remplacé par un nouvel accord du 31 décembre 1908 entre Foreman et la compagnie. Par la clause 7 de cet accord il était stipulé que le directeur « ne devra pas, pendant une période d'un an après l'extinction de ce contrat par expiration de sa durée ou de quelque autre façon que ce soit, seul ou conjointement ou comme agent d'une autre personne, firme ou compagnie, directement ou indirectement, exercer dans le Royaume-Uni, le commerce ou l'affaire d'importateur de viande ou d'agent d'importation de viande, ou un autre commerce ou affaire similaire à un commerce ou affaire quelconque exercé par la compagnie pendant la période de son engagement sauf avec le consentement écrit de ceux qui seront à l'époque les directeurs de la compagnie ; et que, pour toute violation d'une stipulation contenue dans cette clause, il paiera à la compagnie la somme de £ 50 comme dommages liquidés ; et qu'il est déclaré par les parties à cet acte que cette somme devra, sans autre preuve, être considérée comme représentant le dommage effectivement subi par la compagnie à raison de ces violations ».

A l'époque où cet accord avait été passé, le commerce de la compagnie plaignante était limité à l'Australie, et ne s'étendait pas à la viande américaine, bien que parfois elle fit un commerce en gros comprenant cette catégorie de viande. Le commerce se cantonnait alors presque entièrement dans le nord de l'Angleterre, mais depuis, avait pris une expansion considérable. Dans une action portée par la compagnie plaignante contre le défendeur pour faire sanctionner la clause restrictive, le Lord Justice Sargant jugea que cette clause était plus large que ce qui était raisonnablement nécessaire pour la protection de la compagnie plaignante : 1^o parce qu'elle s'étendait à la viande américaine aussi bien qu'à celle d'Australasie ; 2^o parce qu'elle s'étendait à tout le Royaume-Uni. Il décida que la clause était par conséquent nulle, bien que limitée à la durée d'un an. Il basa son jugement sur la considération que, dans un contrat de louage de services, la restriction qui s'étend à tout le Royaume Uni est « une très grave mesure qui requiert une justification exceptionnelle (1) ».

IV. *Herbert Morris Lt. Co c. Saxelby* (2). — Les plaignants étaient des constructeurs d'une certaine catégorie de machines élévatoires, ayant leur affaire principale à Loughborough, et diverses succursales en Angleterre, Pays de Galles et Ecosse, mais n'employant qu'un voyageur pour la succursale d'Irlande. Il leur avait fallu beaucoup de temps et d'efforts pour l'organisation de cette branche d'affaire, tant au point de vue industriel que du point de vue commercial. En 1901, le défendeur, alors âgé de 15 ans, était entré à leur service comme

(1) 1914, 1, Ch., 422.

(2) 1916, A.C. 688 ; 1915, 2, Ch., 57.

apprenti dessinateur, et en 1906, étant arrivé à la situation de dessinateur chef, il avait passé, immédiatement après avoir atteint l'âge de 21 ans, un accord semblable à celui qui sera mentionné ci-dessous. A partir de 1909 il fut employé aussi bien à la vente qu'à la fabrication. En 1911, ayant pris la direction du département de la vente à Loughborough, et pendant qu'il était encore lié par le contrat de 1906, il passa un nouvel accord écrit avec les plaignants, par lequel il consentait — pendant 7 ans à partir de la date de cessation de son emploi, et pour tout le Royaume-Uni — à ne pas se livrer à la vente ou la fabrication dans une affaire semblable à celle de la compagnie. L'instruction et l'expérience professionnelles acquises par le défendeur s'étaient développées exclusivement dans la branche de l'art de l'ingénieur qui lui était interdite par la clause restrictive.

Le défendeur quitta plus tard le service des plaignants et entra à celui d'une firme rivale en violation de son contrat.

Dans une action intentée par les plaignants, le juge Sargant décida que, quoique au point de vue de l'employeur seul la clause ne fut pas déraisonnable quant à l'espace et quant au temps, cependant, du point de vue de l'employé et du public, si une injonction était accordée, ces deux derniers seraient privés de l'habileté et de l'expérience que l'employé avait acquises au cours de son service chez les plaignants ; que la connaissance ainsi obtenue n'était pas une connaissance d'un caractère confidentiel, acquise pour le compte et le bénéfice des plaignants, mais qu'elle faisait partie de l'équipement intellectuel du défendeur, et que la clause était dès lors injustement restrictive de la liberté du travail, et par conséquent nulle.

Dans la Cour d'Appel la majorité confirma le jugement de Sargant. Le Maître des Rôles Cozen Hardy constata que le défendeur, en contractant la clause restrictive en 1911, était déjà lié par le contrat de 1906, et qu'il ne jouissait pas alors de sa pleine liberté ; que, de plus, la restriction s'étendait à tout le Royaume-Uni et atteignait l'expérience personnelle et l'habileté du défendeur (1). Le Juge Joyce fit remarquer aussi que les plaignants, en cherchant à imposer la clause restrictive au défendeur, ne voulaient pas seulement se protéger contre lui, mais cherchaient à lui interdire de profiter des fruits de ses études et de ses observations personnelles, de crainte qu'il les apportât au service d'une compagnie concurrente ; et il ajoutait qu'on ne relevait de la part du défendeur aucune violation de secrets confidentiels, ni aucune tentative d'enlever aux plaignants leur clientèle (2).

Le Lord Justice Phillimore se sépara de l'opinion de la majorité. Il tenta une réaction contre le principe — établi dans le cas *Mason* — de la distinction entre les contrats de louage de services et les contrats de cession de fonds de commerce, en cherchant à placer presque sur le même pied les deux catégories de contrats quant à l'appréciation de la rationalité de la clause restrictive. Il avança à ce propos un argument assez curieux. D'après lui, en appréciant la rationalité par rapport à l'employé on risquait de faire état de ses intérêts deux fois de suite, la première en considérant les intérêts du public qui s'opposent à toute restriction à la liberté individuelle (là déjà on envisage les intérêts de l'employé), la deuxième

(1) 1915, 2, Ch. 75.

(2) 1915, 2, Ch. 88.

en considérant ses intérêts indépendamment de ceux du public. Ses termes mêmes méritent être rappelés « Mais je soupçonne, dit-il, que la façon subjective de traiter la question du juge Sargant a ses dangers. Elle conduit à prendre deux fois en considération l'effet produit sur l'employé. La loi débute en examinant l'effet produit par rapport à lui, et toute restriction à sa liberté est *pro tanto* soumise à objection, non pas à raison de la sympathie pour ses intérêts, mais parce qu'il est contraire à la police publique de restreindre la liberté de travail de qui que ce soit. La clause doit faire son chemin contre cette objection ; elle ne peut le faire que s'il est démontré qu'elle se borne à donner une protection raisonnable à l'employeur. Le critérium est encore : quelle est la protection raisonnable pour l'employeur aussi bien que pour l'acheteur ? En considérant ce qui est raisonnable nous pourrions attacher moins d'importance au fait que le contrat a été conclu, comme étant une preuve de la rationalité du contrat, quand il s'agit d'un cas de louage de service, et nous pourrions, peut-être, développer quelque peu le langage du Chief Justice Parker, et dire : « Il n'est pas raisonnable d'imposer un désavantage grand et certain à l'employé pour assurer un faible et hasardeux avantage à l'employeur. Mais, c'est tout (1) ».

Le Lord Justice Phillimore tend, par cet argument, non pas à nier toute distinction entre les deux catégories de contrats — il en admet une légère — mais à diminuer la portée d'une distinction antérieurement reconnue. Quand on examine de près son raisonnement, on le trouve quelque peu sophistique. Il voudrait empêcher qu'on envi-

(1) 1915, 2, Ch. p. 84-85.

sage les intérêts de l'employé à titre indépendant, de peur qu'on en tienne compte une deuxième fois en s'occupant des intérêts du public. Mais ne devrait-il pas également se préoccuper d'empêcher qu'on envisage indépendamment les intérêts de l'employeur, puisque ceux-ci sont aussi entrés en ligne de compte dans l'examen des intérêts du public. Il faudrait donc finalement se placer à un seul point de vue : au point de vue du public. Et c'est précisément quand on se place à ce point de vue d'intérêt général que la distinction s'impose entre les deux catégories de contrats, comme nous l'avons déjà constaté. Quoi qu'il en soit le membre dissident de la Cour d'Appel estima que, dans l'espèce, la clause restrictive était raisonnable, et que la connaissance acquise par le défendeur pendant son service était d'une nature spéciale qui justifiait la protection de la compagnie par cette clause (1).

La Chambre des Lords, confirma la décision de la Cour d'appel. Pour la deuxième fois, elle affirma la nécessité de distinguer entre les contrats de louage de services et les contrats de cession de fonds de commerce, et entre la connaissance objective et la connaissance subjective. Elle appliqua ces principes au cas nouveau, comme elle l'avait déjà fait dans le cas *Mason*.

Lord Atkinson fit remarquer que le défendeur s'était spécialisé précisément dans la branche de travail visée par la clause restrictive. En lui interdisant de travailler dans cette branche on lui fermait la voie la plus avantageuse qu'il put suivre pour profiter personnellement de son habileté et de son expérience, et pour en faire profiter la communauté (2).

(1) 1915, 2, Ch. 80.

(2) 1916, A.C. 697.

Lord Parker of Waddington constata que la connaissance acquise par le défendeur au cours de son service se résumait dans la compréhension de la méthode et de l'organisation du travail et que ceci ne pouvait être considéré comme rentrant dans les secrets de commerce (1),

Enfin, lord Shaw of Dunfermline considéra la clause restrictive comme impliquant une interdiction de la concurrence en elle-même, et estima pour cette cause, que la nullité en était exigée aussi bien par les intérêts du public que par ceux du promettant (2).

Avec le cas Saxelby il semble que l'évolution nouvelle de la jurisprudence anglaise est définitivement consacrée et qu'il devient trop tard pour contester l'efficacité des nouvelles distinctions ainsi établies.

V. *Hepworth Manufacturing Co. c. Ryot* (3). — Nous avons déjà cité ce cas comme une application de la limitation quant au mode d'exercice concernant le nom (4). Nous rappelons ici les faits très rapidement pour les examiner au point de vue de la rationalité de la clause restrictive.

Les plaignants, producteurs de films, avaient employé le défendeur comme acteur. Le contrat obligeait celui-ci à travailler sous un pseudonyme, qui serait la propriété exclusive des plaignants. Il était interdit au défendeur d'user après l'expiration du contrat de son pseudonyme pour tout autre objet chez de nouveaux employeurs, à moins qu'il acceptât de ne pas se laisser annoncer ou présenter sous le pseudonyme en question.

En raison, en partie de sa propre habileté, en partie

(1) 1916, A.C. 706.

(2) 1916, A.C. 712.

(3) 1920, 1, Ch. p. 1.

(4) *Supra* p.

de la publicité faite par les plaignants, le défendeur avait acquis une réputation considérable sous ce pseudonyme dans lequel son identité professionnelle se trouvait si complètement confondue que sa valeur sur le marché, s'il n'avait pu user du pseudonyme, se serait trouvée diminuée — constataient les juges — de plus de 50 0/0 jusqu'à ce que son identité et sa réputation aient été rétablies sous un nouveau nom.

Le défendeur étant entré au service d'autres producteurs de films sous ce pseudonyme, les plaignants intentèrent une action contre lui, pour lui en faire interdire l'usage. Le Juge Astbury jugea que le contrat était tyrannique, oppressif, et déraisonnable, et que, qu'il fut ou non en *restraint of trade*, la Cour ne devait pas le sanctionner. Il faisait remarquer que, si ce genre de contrat devenait d'usage dans l'industrie cinématographique, les jeunes acteurs seraient enchaînés au service de leurs patrons s'ils ne voulaient pas recommencer leur carrière et encourir le risque d'une nouvelle renommée à refaire de toutes pièces (1).

La Cour d'Appel confirma le jugement d'Astbury, et décida que le contrat était *in restraint of trade* et déraisonnable. Le Lord Justice Warrington fit remarquer que la vie d'un film ne dure pas, sauf dans des cas exceptionnels, plus de trois ans, qu'il était donc évident qu'une restriction s'étendant à toute la vie du défendeur avait pour but, non pas de protéger les plaignants, mais d'enchaîner le défendeur à leur service. Il constata aussi que le pseudonyme *Stewart-Rome*, bien que les plaignants eussent dépensé des sommes considérables pour le faire connaître, d'ailleurs dans leur propre intérêt, était de-

(1) 1920, 1 Ch. 6.

venu une partie de l'équipement professionnel du défendeur ; que les plaignants ne pouvaient pas, dès lors, lui interdire d'en profiter (1).

Le Lord Justice Atkin estima aussi que la clause restrictive était excessive, étant donné que la vie normale d'un film est de six à neuf mois. Les plaignants avaient voulu, en réalité, tenir sous leur contrôle un jeune acteur au cas où celui-ci deviendrait d'une grande valeur (2).

Le juge Eve contesta qu'il fut possible que les plaignants aient un droit de propriété dans le pseudonyme du défendeur, et déclara qu'en tout cas la clause restrictive dépassait la mesure nécessaire pour la protection de ce droit, en supposant qu'il existât (3).

Ce cas fournit l'une des plus curieuses démonstrations de l'ingéniosité avec laquelle les patrons cherchent à multiplier les détours ingénieux pour tenir leurs employés dans leurs mains. Les juges anglais n'ont pas hésité à scruter tout ce qu'il y avait de restriction oppressive et déraisonnable derrière cette soi-disant propriété du pseudonyme.

VI. *Dewes c. Fitch* (4). — Par une convention en date du 17 août 1912, conclue entre le plaignant, avoué (*solicitor*) qui pratiquait à *Tamworth*, et le défendeur, qui était entré à son service comme un clerc apprenti (*junior clerck*) en 1899, et qui était devenu dans la suite maître clerc (*managing clerck*), le défendeur avait consenti à servir le plaignant pendant trois ans, et s'était engagé à ne pas s'occuper ou être intéressé, seul ou conjoin-

(1) 1920, 1 Ch. 16.

(2) 1920, 1, Ch. 25.

(3) 1920, 1, Ch. 32.

(4) 1920, 1, Ch. 159.

tement avec une autre personne ou d'autres personnes, directement ou indirectement, après l'expiration de son service, dans la profession ou l'affaire d'un avoué, dans le rayon de 7 milles autour de la ville de Tamworth.

Le 30 juin 1914 le plaignant arriva au terme de son accord avec le défendeur et ne le renouvela pas. En juin 1919 il passe un contrat en violation directe de son engagement restrictif afin de pouvoir vérifier si cet engagement était valable ou non, en fournissant l'occasion d'en déférer l'examen à la justice (1).

Le juge Eve décida que l'engagement était raisonnable, et au point de vue des intérêts des parties contractantes et point de vue des intérêts du public. Il considéra que la clause restrictive interdisait simplement au défendeur de profiter de sa connaissance objective dans un espace déterminé au détriment du plaignant, et, qu'au delà de cet espace, il pouvait profiter de sa connaissance subjective, et même de sa connaissance objective, puisqu'il pouvait s'installer en dehors et solliciter même les clients résidant dans le rayon visé par la clause.

La Cour d'Appel confirma la décision du juge Eve, en démontrant que, même dans un contrat de louage de services, la clause restrictive n'est pas nécessairement déraisonnable du seul fait qu'elle s'étend à toute la vie du promettant.

Nous avons ainsi terminé l'étude de la quatrième phase — la dernière phase jusqu'à présent — de l'évolution de la jurisprudence anglaise en de matière *restraints of trade*. Cette étude nous a montré que, grâce à la sou-

(1) Cf. sur les procédures mises ici en mouvement, MAYNARD, *Les jugements déclaratoires*. Tome II de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé*.

plesse du *standard* de la rationalité, cette jurisprudence a pu arriver à dégager des distinctions conformes à la nature même des choses et à la situation économique de chaque catégorie de cas.

CONCLUSION

Comparaison entre la jurisprudence anglaise et la jurisprudence française.

Après avoir suivi le développement de la jurisprudence anglaise dans le domaine des clauses restrictives de la liberté individuelle du travail, et dressé le bilan des services que lui a rendus l'emploi du *standard* de rationalité et de ses « sous-standards », il nous reste à procéder à la contre-épreuve en confrontant ces réalisations juridiques anglaises avec les résultats qu'a donnés en France, dans le même cercle d'investigations légales, l'attachement persévérant à la règle de droit.

SECTION I

Exposé d'ensemble du système français comparé au système anglais.

Le point de départ du droit français dans cette matière est l'article 7 de la loi 2-17 mars 1791 ainsi conçu : « A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente ; d'en ac-

quitter le prix suivant le taux ci-après déterminé, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourraient être faits ».

Cet article pose en principe la liberté de travail, et ne la subordonne qu'à quelques réglementations administratives.

Dans le Code Civil on trouve quelques textes qui touchent la matière. Les articles 1625, 1626, 1627 & 1628 — qui s'appliquent aux cessions de fonds de commerce comme aux autres ventes — imposent au vendeur une garantie implicite qui peut être augmentée ou diminuée, par une convention particulière sans toutefois que le vendeur puisse s'exonérer de la responsabilité de son fait personnel. L'article 1780 (modifié par la loi du 27 décembre 1890) dispose qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ; que le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Il résulte de cet article que, pour qu'un contrat de louage de services soit valable, il doit être limité quant à la durée ou quant à l'objet des services.

Voilà les textes législatifs fondamentaux qui régissent la matière en droit français. Voyons maintenant comment la jurisprudence française a appliqué ces textes.

Comme la jurisprudence anglaise, elle s'est trouvée entre deux principes contradictoires : la liberté du travail consacrée par l'article 7 de la loi 2-17 mars 1791, et appliquée dans l'article 1780 C. civ., et la liberté de contrat consacrée par l'article 1134 C. civ., et appliquée dans les articles 1626, 1627 et 1628 C. civ. Pour concilier ces deux principes, elle s'est fixée dans le sens *que la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie peut*

être restreinte par une convention particulière pourvu que cette convention n'implique pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu (1).

La doctrine est d'accord avec la jurisprudence sur ce point (2).

La distinction fondamentale entre les restrictions générales et les restrictions partielles, qui était à la base de la deuxième phase de l'évolution de la jurisprudence anglaise, se retrouve donc dans la jurisprudence française à son état actuel. Elle a même pris ici une forme plus rigide que dans la jurisprudence anglaise. Celle-ci, on s'en souvient, ne considérerait pas toute restriction partielle comme valable ; elle exigeait certaines con-

(1) De nombreux arrêts de la Cour de Cassation et des Cours d'appel ont confirmé cette règle : Cass. 11 mai 1858, D.P.58.1.219 ; 26 juillet 1856 (Metz) D.P.58.2.87 ; 14 janvier 1866 D.P.66.1.81 ; 25 mai 1868, D.P.69.1.277-278 ; Req. 1^{er} juillet 1867, D.P.68.1.21 ; Paris 31 mai 1873, D.P.76.2.202 ; Req. 3 mars 1868, D.P.68.1.481 ; Civ. 30 mars 1885, D.P.85.1.247 ; Civ. 18 mai 1886, D.P.86.1.377 ; Rouen 4 février 1878, D.P. 78.2.258 ; Civ. 9 janvier 1884, D.P. 85.1.32 ; Paris 14 janvier 1889, D.P.90.2.289 ; Paris 6 juillet 1893, D.P.94.2.16 ; Paris 28 mai 1895, D.P. 95.2.399 ; Req. 7 février 1898, D. P. 99. 1.509 ; Civ. 2 juillet 1900, D.P. 1901,1.294 (le cas Nordenfelt) ; 1^{er} février 1899, D.P.99.1.303 ; 9 février 1898, D.P.1903.1.605 ; civ. 14 mars 1904, D.P.1904.1.613 ; Req. 8 novembre 1904, D.P.1906.1.489 ; Limoges 25 novembre 1910, D.P.1911.2.405 ; Douai, 1^{er} avril 1911, D.P.1913.2.111.

(2) LYON-CAEN et RENAULT : « *Traité de droit commercial* » 3^e éd. t. 3, n° 247 et s. ; RUBEN DE COUDER : *Dictionnaire du droit commercial*, V° *Fonds de commerce*, n° 51. Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. 10, n° 112, pp. 156, 157, n° 113, pp. 157-159 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAINAT, *Traité théorique et pratique du Code civil, Vente et échange*, n° 364, p. 306, n° 363 et s., pp. 305 et s., n° 395 et s., pp. 33 et s. ; GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange* t. 1, n° 329 et s., pp. 341 et s. THALLER, *Traité de droit commercial*, 3^e édition, n° 84.

ditions pour cette validité, et elle était même parvenue, pendant la même phase, à faire de la rationalité le critérium de la validité des clauses restrictives partielles. Par contre, la jurisprudence française pose comme un dogme absolu, tout au moins dans sa portée doctrinale, sinon dans son fonctionnement pratique, la validité de toute restriction partielle. Elle répète très souvent que telle ou telle clause restrictive est valable du seul fait qu'elle n'est pas générale (1).

L'explication qu'on donne de cette distinction entre les clauses générales et les clauses partielles est ingénieuse, mais superficielle. On dit que la convention restrictive partielle ne fait que modifier la liberté de travail tandis que la convention restrictive générale la détruit complètement. Est nulle la convention qui tend, non à modifier, mais à détruire la liberté de travail dans un intérêt privé (2).

(1) Le fait que la jurisprudence française s'est attachée à une règle abstraite, tandis que la jurisprudence anglaise a adopté un standard pratique ne s'explique-t-il par une différence de mentalité ? Les anglosaxons, dont la mentalité répugne à l'abstraction logique, se placent généralement sur le terrain de l'expérience et de l'intuition ; les latins, par contre, ont une tendance vers les généralisations abstraites et le raisonnement dialectique. Cette différence de mentalité, d'ailleurs n'a pas de grandes conséquences dans la pratique et dans la mise en œuvre des idées, comme nous verrons dans la suite.

(2) DALLOZ, *Rep.* n° 214 ; *Supplément* v° Industrie et commerce, n° 107.

La distinction entre la modification de la liberté de travail et sa destruction complète, bien que compréhensible dans la théorie, est trop subtile dans la pratique. En ce qui concerne les contrats de louage de services il est facile de trouver l'origine de la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles dans l'article 1780 C. civ. qui fait de la limitation du contrat quant à la durée ou quant à l'objet de l'entreprise une condition de validité. En appliquant cet article, la jurisprudence française a décidé que, non seule-

Je me hâte d'ajouter que notre seconde section montrera que la jurisprudence française a souvent laissé dévier ce principe dans l'application sous la poussée des nécessités pratiques et que ces déviations constituent

ment on ne peut pas prendre l'engagement positif de servir un seul patron pendant toute sa vie mais aussi qu'on ne peut pas prendre l'engagement négatif de ne jamais et en aucun lieu travailler chez un autre patron (civ. req. 11 mai 1858, D.P. 58.1.219). Nous avons vu que la jurisprudence anglaise tient pour valables des engagements pareils, soit positifs soit négatifs ; elle considère qu'il y a une limitation quant aux personnes résultant du fait que l'employé peut servir une personne déterminée, son patron.

En ce qui concerne les contrats de cession de fonds de commerce, le vendeur est tenu, sans aucune convention particulière, d'une garantie implicite qui lui interdit tout acte personnel de nature à enlever la clientèle à l'acquéreur ou à diminuer la valeur de l'achalandage du fonds (Req. 18 juin 1897, D.P. 97.1.383 ; Req. 29 juillet 1908, D.P. 1909.1.281 ; Angers 8 Février 1905, D.P. 1907.2.170). Mais, comme l'appréciation des actes de concurrence qui peuvent être interdits en vertu de cette garantie implicite est une question de fait, et souvent très difficile à trancher, les parties contractantes, dans la plupart des cas, prennent le soin de préciser elles-mêmes, par une clause insérée dans le contrat de vente, ce qu'elles entendent être l'étendue de cette garantie, qui devient alors une garantie expresse. L'avantage de ces clauses est de permettre aux parties de préciser par elles-mêmes, et d'avance, la restriction qui doit être imposée au vendeur, au lieu de laisser au juge le soin de la fixer après coup et selon sa propre appréciation. La clause est alors présumée avoir établi en termes exprès ce qui résulte implicitement du contrat lui-même ; mais, si cette clause interdit d'une façon absolue l'exercice du commerce ou de l'industrie en question, elle se heurte à la disposition positive de l'article 7 de la loi 2-17 mars 1791, et elle sera nulle. C'est probablement en suivant cet ordre d'idées que la jurisprudence française est parvenue à faire la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles dans le domaine des contrats de cession de fonds de commerce.

La jurisprudence française incline à nier l'existence d'une obligation tacite de s'abstenir de concurrence lorsqu'il s'agit d'une vente par licitation qui est forcée, ou d'une vente d'usine ne comprenant

une série d'hommages involontaires rendus au « standard » de rationalité (1).

Mais, avant d'aborder l'examen de ces décisions d'espèce, il convient de signaler les positions prises par la

ni clientèle ni achalandage (DALLOZ, *Rep. et Suppl.* V^o Ind. et Com. n^o 123).

Reste une dernière remarque : il faut distinguer entre la concurrence par le vendeur prohibée par la garantie expresse ou implicite et la concurrence déloyale. « Il y a deux espèces de concurrence pouvant donner lieu à des réparations civiles, la concurrence déloyale qui doit être caractérisée par des manœuvres dolosives et la concurrence illicite, qui résulte de la faute simple (D.P. 1903.2.65 et la note).

(1) Il est à peine besoin de dire que la jurisprudence égyptienne, surtout la jurisprudence des tribunaux mixtes, suit, en principe, de très près les traditions de la jurisprudence française. Elle n'a pas dérogé à cette tendance en matière de *restraints of trade*. Nous nous contentons ici d'examiner un arrêt rendu par la cour d'appel mixte d'Alexandrie le 7 décembre 1921 (*Bulletin de la jurisprudence mixte*, 7 décembre 1921, 42). Il s'agissait de la cession d'un fonds de commerce ; la clause restrictive était ainsi conçue : « Article 6 : Il est formellement défendu au sieur Casas d'exploiter le même commerce sous peine de telle indemnité qu'il écherra en temps et lieu ». Cet article visait, comme il a été affirmé dans l'arrêt, les mêmes limites territoriales que l'article 4 du contrat, c'est-à-dire l'Égypte. La Cour d'Appel, confirmant le jugement du tribunal mixte d'Alexandrie, a considéré la clause restrictive comme limitée quant au lieu, et par conséquent valable. Dans les motifs on lit les passages suivants : « Attendu que Casas, se basant sur le principe reconnu tant en France qu'ailleurs, que toute convention, qui empêche absolument n'importe quelle personne de gagner sa vie, est contre l'ordre public—principe que la Cour estime faire partie également du droit mixte —, cherche dans l'espèce à faire annuler par la justice comme illicites les articles précités en tant qu'ils limitent ses activités commerciales, pour le motif que le contrat litigieux, ne fixe pas une durée déterminée quant aux lieux et temps ; que, tout au moins, il demande qu'un terme soit fixé pour l'interdiction de l'exercice du commerce similaire à celui visé par le contrat.... Attendu que, par interprétation du contrat, il y a lieu de dire que l'article 6 vise toujours les mêmes limitations territoriales que l'article 4, soit l'Égypte. Attendu que la cour

jurisprudence française en ce qui concerne un certain nombre de questions secondaires, interprétation des clauses restrictives, divisibilité de ces clauses, mode de calcul des distances, transmissibilité active et passive

estime que toute convention limitant le droit de travail doit-être appréciée d'après les conditions y relatives ; que la limite à l'Égypte qui pourrait être considérée comme beaucoup trop étendue, et par conséquent illicite, pour un petit commerçant indigène, peut être une limite *raisonnable* pour un exportateur ou un importateur en gros ; que, dans l'espèce, elle estime que la convention litigieuse est raisonnable et licite ».

Les derniers passages de cet arrêt marquent une certaine originalité. Ils semblent introduire le critérium de la rationalité dans la matière des « restraints of trade » ; le mot « raisonnable » y est répété deux fois à peu d'intervalle. Nous croyons, cependant, que la Cour d'appel mixte a entendu suivre la jurisprudence française dans la matière. Elle dit expressément qu'elle estime que cette jurisprudence fait partie du droit mixte. Pour elle, comme pour la jurisprudence française, toute convention restrictive générale est nulle comme contraire à l'ordre public. Mais, en ce qui concerne les conventions restrictives partielles, il pourrait y avoir une différence, tout au moins apparente. La jurisprudence française proclame ces conventions valables sans condition (nous allons voir, d'ailleurs que cette proclamation n'est qu'apparente). La jurisprudence mixte fait de la rationalité le critérium de leur validité. En établissant que la limite d'Égypte, qui pourrait-être considérée beaucoup trop étendue, et par conséquent illicite, pour un petit commerçant indigène, peut-être une limite raisonnable « pour un exportateur ou un importateur en gros », et en proclamant que « dans l'espèce elle estime que la convention litigieuse est raisonnable et licite », il semble bien qu'elle adopte le critérium de rationalité ; qu'elle ne pose pas comme un dogme absolu la validité de toute restriction partielle, mais qu'elle estime, comme elle dit « que toute convention limitant le droit de travail doit-être appréciée d'après les conditions y relatives ». Si cette interprétation de la jurisprudence mixte est exacte, elle la rapprochera de la jurisprudence anglaise vers la fin de sa deuxième phase, quand le « standard » de rationalité a été introduit dans le domaine des restrictions partielles. Celle-ci reste toujours en avance sur elle comme sur la jurisprudence française en ce qui concerne la validité des restrictions générales qui sont raisonnables. Mais cette avance est plutôt une

des conventions restrictives, complicité dans la violation de ces engagements et sanction de la violation.

Sur le premier point les règles générales d'interprétation des contrats sont applicables aussi bien dans le droit français que dans le droit anglais. On admet cependant une interprétation restrictive quant à la recherche de l'intention commune des parties (1) et on s'accorde généralement à proclamer que les juges du fond sont souverains pour décider, par interprétation de cette intention commune et d'après les usages et exigences de l'exploitation commerciale ou industrielle, si la clause restrictive est partielle ou générale (2)

avance purement apparente ; car la jurisprudence mixte considère que la restriction est partielle même quand elle s'étend à tout un pays, dans l'espèce à l'Égypte ; cela résulte implicitement des motifs de l'arrêt que nous avons cité. Elle arrive ainsi à considérer comme valable une restriction raisonnable qui, bien que partielle d'après elle, est générale d'après la jurisprudence anglaise.

(1) Ainsi le vendeur d'une librairie-papeterie au détail avec l'imprimerie y attachée qui, en se réservant le commerce de librairie-papeterie en demi-gros qu'il exploitait cumulativement dans le même local, s'est interdit de créer ou d'exploiter à l'avenir un commerce de librairie-papeterie et d'imprimerie au détail ou de s'y intéresser directement ou indirectement, n'a pas par cela même contracté l'obligation d'imposer à son successeur à titre particulier dans le fonds réservé l'interdiction d'y adjoindre un commerce analogue à celui du fonds cédé (Douai 4 déc. 1900, D.P.1902.2.187). Voir aussi (Nîmes 7 juin 1905 ; D.P. 1905 447).

(2) Req., 3 mai 1899, D.P. 1901.1.394. Cf. D.P. 1911.1.315 ; D.P. 1911.1.392). On constate ici que la question fondamentale de savoir si la clause restrictive est générale ou partielle, ou, en d'autres termes, si elle est nulle ou valable, est une question de fait, bien que la règle elle-même (à savoir, la nullité de la clause générale et la validité de la clause partielle) soit une question de droit. En pratique, c'est le juge du fait qui est souverain pour décider si la clause est valable ou nulle ; il n'a, pour arriver à une solution ou à une autre, qu'à constater que la clause est partielle ou générale, et son appréciation sera

Quant à la divisibilité des clauses restrictives, il ne paraît pas que cette question ait été étudiée dans la jurisprudence française et cela pour la bonne raison que cette jurisprudence a suivi une règle fixe pour déterminer la nullité ou la validité de ces clauses. Elle n'apprécie pas, comme le fait la jurisprudence anglaise, si la clause restrictive est raisonnable ou non et, au cas où elle ne l'est pas, s'il y a lieu de l'annuler toute entière ou de la réduire à la partie qui serait raisonnable. Cependant elle a eu l'occasion de discuter la portée de clauses conçues en termes généraux et de limiter leur étendue afin de les rendre partielles, et par conséquent valables. Elle l'a fait non pas, comme la jurisprudence anglaise, en vertu d'un pouvoir propre de diviser la clause excessive, mais simplement en suivant les règles normales d'interprétation et en prétendant découvrir derrière les termes trop généraux de la clause restrictive la véritable intention des parties de conclure une clause partielle (1). Ainsi il a été jugé que les termes de la convention restrictive, quoique généraux en eux-mêmes, peuvent être interprétés par le juge du fait dans le sens d'une

définitive. Il est intéressant de comparer sur ce point la jurisprudence française avec la jurisprudence anglaise. Dans cette dernière la question de la rationalité, question qui décide la validité ou la nullité de la clause restrictive et qui, par conséquent, joue le même rôle que la question du caractère général ou partiel de la clause dans la jurisprudence française, est une question de droit ; les jurés civils n'ont pas à résoudre ce problème fondamental.

(1) La jurisprudence anglaise on s'en souvient se reconnaît le droit de limiter les termes trop généraux d'une clause restrictive à raison de l'intention probable des parties et d'écarter les hypothèses qui, bien qu'elles puissent entrer dans ces termes généraux, n'ont pas dû être prévues par les parties, et cela, comme dans la jurisprudence française, en vertu des règles normales d'interprétation (*Supra*, p. 162).

interdiction limitée à une circonscription territoriale, de manière que la validité puisse en être prononcée sans pourvoi possible devant la Cour de Cassation (1).

Il a été jugé aussi qu'on peut valider la promesse de ne pas s'établir dans un commerce similaire à celui qu'on cède ou de ne pas voyager pour ce commerce, en interprétant cette promesse comme devant, dans l'intention des parties, prendre fin le jour où le cessionnaire cesserait ce commerce ou lors d'un événement quelconque par suite duquel l'exercice d'une industrie semblable ne serait plus une concurrence pour le cessionnaire (2).

De même il a été jugé que l'interdiction d'exercer une industrie similaire n'est pas non plus illimitée quand il résulte du contrat qu'elle doit prendre fin par l'effet de tout événement ou acte personnel de l'acheteur ou de ses ayants droit équivalent à l'abandon ou à la disparition de la chose (3).

(1) Req. 21 fév. 1862, D.P. 62.1.185.

(2) Req. 30 mars 1885. D.P. 85.1.247. « On ne saurait considérer comme générale et absolue l'interdiction pour le cédant de faire le même commerce que celui de l'établissement cédé, cette clause ayant nécessairement une portée limitée par son objet même qui est la conservation par l'acquéreur de la clientèle à lui vendue. Ainsi, d'une part, le cédant est autorisé de faire tout autre commerce que celui sur lequel porte spécialement l'interdiction. Et d'autre part, l'interdiction disparaîtra toutes les fois que, par cessation de commerce ou tout autre événement, l'exercice d'un commerce semblable à celui cédé ne pourra plus faire concurrence au cessionnaire. En conséquence, une pareille interdiction, quoique illimitée quant au lieu, se trouve limitée dans son objet et dans sa durée ». Nous reviendrons plus loin sur cette interprétation discutable.

(3) Civ. 9 fév. 1898, D.P. 1903.1.605. Il a été jugé en sens inverse, que la clause d'un acte d'association entre ouvriers pour l'exercice d'une industrie commune, portant que tout membre de la société qui s'en retirera, ou en sera exclu, ne pourra exercer la même industrie pendant toute la durée de l'association fixée à 30 ans, est nulle si cette

Le mode de calcul de distance, quand les parties ne se sont pas expliquées d'une façon suffisamment nette, soulève des difficultés pratiques. Dans la jurisprudence anglaise nous avons vu que la tendance est de suivre le mode de calcul à vol d'oiseau. Dans le droit français la question est controversée. Lyon-Caen et Renault (1) indiquent trois systèmes concurrents. Dans le premier on distingue selon que l'on a dans l'acte employé le mot « rayon » ou le mot « distance » ; dans le premier cas on calculerait en lignes droites pour déterminer l'éloignement des deux fonds ; dans le second cas on s'attacherait au chemin le plus court en suivant les rues (2). Ce mode de calcul, comme ont fait remarquer les auteurs, est trop subtil pour être conforme à l'inten-

clause, rapprochée d'une autre stipulation ajournant pour chaque associé, jusqu'à l'expiration de la société, la restitution de ses apports et l'attribution de sa part dans le fonds de réserve, même en cas de décès, ou de retraite volontaire, a pour but d'enchaîner chaque travailleur à la société d'une manière indissoluble, et équivaut ainsi, eu égard aux facultés de travail des associés et à la durée de l'association, à l'engagement illimité que prohibe l'art. 1780 C. civ. (civ. req. 19 déc. 1860, D.P. 61.1.115).

Il a été aussi jugé qu'une stipulation limitée ne se trouve pas affectée d'une condition potestative et frappée de nullité par l'art. 1174 C. civ. sous prétexte que l'application en serait subordonnée au renvoi du commis, et que le patron serait toujours libre de congédier ou non ce dernier ; car cette condition ne serait potestative que pour le créancier, à l'inverse du cas prévu par l'art. 1174 c. civ. (Bordeaux 22 août 1883, D.P. 84.2.225). La cour de Bordeaux avait déjà décidé le 2 août 1849 (D.P. 52.2.55) qu'une clause de ce genre doit recevoir son exécution encore que des motifs légitimes, provenant du fait même du patron, auraient déterminé le commis à demander lui-même la rupture de son traité (V^o DALLOZ, Rép. Suppl. v^o Ind. et Com. n^o 111).

(1) *Traité de Droit commercial*, 3^e édition, t. 3, n^o 248.

(2) S. 1881.2.134.

tion probable des parties ; dans la langue usuelle les mots « rayon » ou « distance » n'ont pas les deux sens différents qu'on leur attribue. Dans le second système on calculerait toujours à vol d'oiseau (1) ; ce mode a l'avantage d'être favorable à l'acheteur ; c'est donc une application de l'article 1602 du code civil selon lequel tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. Dans le troisième système, on calculerait suivant le chemin qu'il faut parcourir pour aller effectivement d'un fonds de commerce à l'autre, parce que le dommage, qui peut être causé à l'acheteur par le nouvel établissement du vendeur, dépend de cette distance réelle (2).

Quant à la transmissibilité de la clause restrictive, nous avons vu que la jurisprudence anglaise l'admet activement et passivement, sauf quand il résulte des circonstances particulières ou de la nature même de l'engagement ou de l'entreprise que telle n'était pas l'intention des parties. La jurisprudence française a décidé pareillement que la clause restrictive est transmissible activement et passivement. Elle est transmissible activement ; car elle se rattache par sa nature et son objet à l'entreprise qu'elle protège ; elle la suit dans quelques mains qu'elle passe, et elle peut, par conséquent, être invoquée par un tiers cessionnaire de l'acquéreur (3). Le tiers

(1) Nîmes 7 juin 1905, D.P. 1905.2.447.

(2) M.M.Lyon-Caen et Renault donnent leur adhésion à ce troisième système. La question de la similitude entre les deux fonds concurrents est aussi une question de fait ; c'est aux tribunaux d'apprécier dans chaque espèce s'il y a similitude. « Tout ce qu'on peut dire, déclarent M.M.Lyon-Caen et Renault, c'est que la ressemblance ne doit pas être telle que les clients du premier fonds puissent satisfaire les mêmes besoins en s'adressant au second » (*Traité de Droit commercial* l. c. n° 240 quater).

(3) Paris 21 fév. 1900, D.P. 1900.2.476.

cessionnaire a donc deux actions : une action contre l'acquéreur (son auteur direct) et une autre contre le premier vendeur, qui lui permettrait, au cas où l'acquéreur tomberait en faillite, d'avoir un recours direct contre le premier vendeur, sans être réduit à produire comme simple créancier dans le faillite de l'acquéreur. La transmissibilité passive s'opère en vertu du droit commun : article 1.122 C. civ. (1). Toutefois les juges pourraient décider, d'après les circonstances, qu'il en doit être autrement. Une semblable décision se concevrait surtout à l'égard d'héritiers qui ne portent pas le même nom que le vendeur (2) ».

(1) Paris 21 fév. 1900, D.P. 1900.2.476.

(2) Lyon, 23 juillet 1896, D.P. 97.2.167 (et la note sur l'arrêt). Sur l'ensemble de la question DALLOZ, *Rep. Suppl. Industrie et commerce*, n° 118 et 119 : « Les effets des conventions s'étendent activement et passivement aux héritiers et successeurs universels des parties, à moins que le contraire ne résulte de la loi, de la convention ou de la nature même des contrats. Ce principe a été appliqué à l'héritier du vendeur d'un fonds de commerce qui s'était interdit de faire concurrence à son acquéreur (Paris 19 Mai 1849, D.P.50.2.51). Il a même été jugé que la promesse de ne pas faire concurrence peut être invoquée, non seulement par celui à qui elle a été faite et par ses successeurs universels, mais encore par l'acquéreur particulier de l'établissement, s'il est déclaré en fait que, dans l'intention des parties, elle devait profiter à tous les possesseurs de cet établissement (Req. 5 juillet 1865, D.P. 65.1.425 ; 18 mai 1868, D.P. 69.1.366). Quand l'engagement de ne pas faire concurrence est pris par un employé envers son patron, au lieu de l'être entre vendeur et acquéreur d'un fonds de commerce, on conçoit que son effet s'étend encore activement aux ayant-cause, même particuliers, du patron (Req. 5 juillet 1865, D.P.65.1.425). Mais il doit, en général, au point de vue passif, être considéré comme déterminé par les connaissances acquises et les relations formées dans l'établissement du patron, et par suite, comme personnel à l'employé sans pouvoir limiter la liberté de ses héritiers ».

Il faut bien distinguer entre l'hypothèse d'une clause restrictive

Il arrive souvent que le promettant viole son engagement avec la complicité d'une autre personne. Il en est ainsi quand il entre au service d'un commerçant concurrent, en dépit de la clause restrictive. Si ce dernier est au courant de l'engagement du promettant, et accepte

transmissible aux ayants cause des parties et celle d'une servitude perpétuelle créée sur un fonds au profit de personnes. Dans la première hypothèse la clause restrictive est valable, si elle est partielle; dans la deuxième hypothèse la servitude personnelle est nulle dans tous les cas. Nous éclairons cette distinction par des exemples empruntées à la jurisprudence française : 1^o « L'obligation imposée à l'acheteur d'un terrain de conserver toujours à l'état d'estaminet la maison à construire sur ce terrain et de prendre exclusivement la bière qui y sera consommée chez le vendeur ou chez les personnes indiquées par ce dernier, est une servitude perpétuelle créée sur un fonds au profit de personnes. Une telle clause doit être réputée nulle et l'acheteur n'est pas tenu de s'y conformer. Mais, si cette clause n'est qu'accessoire dans la convention des parties, sa nullité n'entraîne pas celle de la convention principale » (Douai 10 nov. D.P. 1913.2.111). « Toutefois, si une stipulation de ce genre ne peut créer ni une servitude réelle entre deux fonds, ni une servitude personnelle valable, elle peut être validée comme engendrant une simple obligation personnelle. Cette stipulation, bien que, en principe, les obligations soient transmissibles, activement et passivement, aux héritiers des contractants, doit être considérée comme n'ayant qu'un effet limité dans le temps, dès lors que, aux termes des conventions intervenues, les parties ont restreint la transmissibilité au profit d'une seule catégorie de leurs ayants droit (dans l'espèce, à ceux des descendants du vendeur qui exerceraient dans sa brasserie, la clause devant cesser d'avoir effet à la mort de l'acquéreur, alors, d'ailleurs, qu'il résulte des circonstances, notamment de l'âge respectif des parties et du prix stipulé, que l'obligation, même ainsi restreinte, procure au vendeur le bénéfice qu'il a dû raisonnablement escompter, et que, d'autre part, cette solution est commandée par la nature même de la convention qui, si la clause d'exclusion complète était stipulée pour une durée indéterminée, serait contraire à la liberté de commerce et devrait, comme telle, être déclarée nulle. Au surplus toute convention douteuse doit s'interpréter dans le sens qui met à la charge du débiteur la moindre obligation » (Douai 1^{er} avril 1911 D.P. 1913, 2.111).

néanmoins de l'employer, il devient alors, son complice. Sa responsabilité, d'après le droit français, est délictuelle, et non pas contractuelle, car il ne peut être responsable en vertu d'un contrat auquel il n'était pas partie (1). Dans le droit anglais il y a un délit civil, propre et distinct, et non pas seulement participation par complicité au délit principal, toutes les fois qu'une personne encourage la rupture d'un contrat conclu par d'autres (2).

Quant à la sanction des clauses restrictives, nous avons vu que la jurisprudence anglaise met à la disposition du stipulant deux moyens : exécution en nature ou indemnité ; celui-ci peut choisir librement entre ces deux moyens, sauf quand il y en a un qui est imposé par la nature de l'obligation ou par la volonté expresse ou tacite des parties. Il en est de même dans le droit français. Notamment, en présence d'une clause pénale, le créancier ne peut pas poursuivre à la fois l'exécution de l'obligation principale et le paiement de la clause pénale : car cette dernière n'est considérée que comme la compensation fixée par les parties elles-mêmes du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation (3).

(1) Req. 8 nov. 1904, D.P. 1906.1.489 et la note de M. Léon Lacour.

(2) GELDART : *Elements of English Law*, 222.

(3) DALLOZ *Rep. V^o Oblig.* n^o 1611 ; Paris 20 février 1857, *Annales de la propriété littéraire* (p. 242). Il a été jugé qu'en stipulant une clause pénale d'une somme considérable, les parties peuvent avoir en vue la réparation, non seulement du préjudice causé par la création d'une maison rivale, mais encore de celui qui pourrait résulter dans l'avenir de son exploitation ; en ce cas l'ex-employé, moyennant le paiement de cette indemnité, recouvre la liberté de s'établir dans le rayon fixé par la convention et la demande tendant à ce que la fermeture de son établissement soit ordonnée ne doit pas être accueillie (D.P. 1907.2.32). Il a été pareillement jugé, que la clause, par laquelle on se soumet d'avance à une indemnité qui sera fixée, soit à l'amiable, soit par le juge, doit avoir, à ce point de vue, l'effet d'une

En l'absence de toute clause pénale, le juge peut condamner, tout à la fois, à des dommages intérêts et à la cassation de la concurrence (1). Il faut remarquer, sans doute, qu'en droit français on ne rencontre pas, comme en droit anglais, l'exécution par injonction ; toutefois la jurisprudence française pratique le système des astreintes, qui ne diffère guère du système de l'injonction qu'en ce qu'il n'entraîne jamais d'autre sanction qu'une amende pécuniaire.

SECTION II

Tendance de la jurisprudence française à se rapprocher dans son fonctionnement pratique de la jurisprudence anglaise.

Le parallèle que nous venons d'établir entre les deux systèmes français et anglais, nous a montré qu'il existe théoriquement une différence fondamentale entre eux en ce qui concerne la détermination du critère à employer pour reconnaître la validité ou l'invalidité d'une clause restrictive de la liberté du travail. Il nous faut examiner maintenant si cette divergence dans les points

clause pénale donnant une sorte d'option et qu'en ce cas, le juge ne peut pas en condamnant le délinquant à des dommages-intérêts pour le préjudice souffert, ordonner la fermeture de l'établissement, à peine de nouveaux dommages-intérêts pour chaque jour de retard pendant un délai déterminé, après quoi il serait statué à nouveau et définitivement, mais qu'il doit seulement, après l'avoir condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice causé, lui impartir un délai pour opter entre la cessation de son commerce et une indemnité à payer pour le préjudice résultant de sa continuation dans l'avenir. (Paris 23 juin 1882, *DALLOZ Rep. Suppl. V. Ind. et Comm.* n° 122).

(1) Art. 1129 c. civil ; Req. 24 février 1882, *D.P.* 82.1.185 ; *DALLOZ Rep. Suppl. V° Ind. et com.*, n° 122).

de départ doctrinaux s'est traduite par de notables divergences de fonctionnement pratique, ou si elle n'a pas été fortement atténuée dans l'application par la nécessité pour les deux jurisprudences de faire face aux mêmes nécessités économiques.

La jurisprudence anglaise actuelle a adopté comme fil conducteur le *standard* de rationalité ; la jurisprudence française est encore attachée à la vieille règle de la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles.

Mais peut-on dire que la jurisprudence française ait pu fonctionner sans jamais être gênée par l'étroitesse de la règle et être obligée à recourir à des détours ou des expédients pour la tourner ? Une chose est certaine : c'est que la jurisprudence française, dans ses résultats pratiques, ne diffère pas sensiblement de la jurisprudence anglaise. Ce miracle, si miracle il y a, s'explique tout simplement par le fait qu'elle n'applique la règle dans sa teneur et dans son esprit, que là où cette application est conforme aux faits économiques de l'espèce, et aboutit à ne légitimer que des restrictions raisonnables. Quand la règle conduirait à des conséquences irrationnelles ou économiquement mauvaises, elle n'hésite pas à la faire fléchir, et, sous un prétexte ou un autre, elle s'inspire, sans le dire, du critérium de rationalité, tout en prétendant appliquer la règle. Il n'est donc pas étonnant qu'elle se rapproche dans son fonctionnement pratique de la jurisprudence anglaise, puisqu'elle met en œuvre, en fait, sinon en théorie, le même critérium.

Nous nous expliquons. La règle que la restriction générale est nulle et que la restriction partielle est valable se trouve en complète harmonie avec le « standard » de rationalité quand la restriction générale est dérai-

sonnable et quand la restriction partielle est raisonnable. Tant que l'une ou l'autre de ces deux hypothèses se rencontrent, la jurisprudence française peut appliquer sa règle sans se heurter au « standard » de rationalité.

C'est ainsi, pour prendre une espèce où la clause restrictive était générale en même temps que déraisonnable, qu'il a été jugé que la convention par laquelle un commerçant, en faisant apport de son fonds de commerce à une société, s'interdit, pendant toute la durée de la société, de s'occuper, directement ou indirectement, même de s'intéresser dans un commerce similaire à celui dont il fait apport, est nulle, si l'interdiction est illimitée, non seulement quant aux lieux où elle est applicable, mais encore quant à la durée (1). En effet, dans l'espèce, la limitation de l'interdiction à la durée de la société était illusoire. La société, d'après ses statuts, ayant le droit de se prolonger indéfiniment. Quant à la limitation à un commerce similaire à celui dont le promettant avait fait apport, elle était aussi une limitation apparente ; car la restriction s'étendait à toute une branche du commerce (2). La clause restrictive était donc générale. Elle était aussi déraisonnable, le fonds apporté n'exigeant pas pour sa protection une restriction aussi large. La Cour d'Appel a prononcé la nullité de la clause restrictive, à cause de son caractère général, et sa décision a été confirmée par la Cour de Cassation. Celle-ci a posé en principe que la question de savoir si une clause restrictive est générale ou partielle est une question de fait qui doit être laissée à la décision sou-

(1) Cass. civ. i 4 mars 1904, D.P. 1904 1.613.

(2) On peut tenir pour acquis que la jurisprudence française aussi bien que la jurisprudence anglaise considère que la clause restrictive est générale bien que limitée à une branche d'industrie ou de commerce.

veraine des juges de fond (1). La nullité de cette clause restrictive pourrait être attribuée aussi bien à son irrationalité qu'à son caractère général. Il n'y a donc pas ici de contrariété entre la règle et le « standard ».

De même, pour prendre maintenant une espèce où la clause restrictive était partielle aussi bien que raisonnable, il a été jugé que la clause par laquelle le vendeur d'un fonds de commerce s'interdit d'exploiter à l'avenir un établissement de même nature, à peine de fermeture du nouveau fonds et de dommages-intérêts, ne saurait être réputée illicite, comme contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qu'autant qu'elle serait générale et absolue. Une telle clause n'est donc pas nulle, lorsque le vendeur d'un fonds de commerce, — un nourrisseur laitier — s'est interdit seulement de fonder, acquérir, gérer ou exploiter, directement ou indirectement, dans la même ville, aucun établissement

(1) Par contre, la règle elle-même que la restriction générale est nulle et la restriction partielle valable est, comme nous l'avons vu, une règle de droit donnant prise au contrôle de la cour suprême. C'est ce que constate la cour de Cassation dans le passage suivant de l'arrêt précité du 4 mars 1904. «..... L'arrêt attaqué à..... déclaré en fait, que l'interdiction était illimitée, non seulement quant aux lieux où elle était applicable, mais encore quant à sa durée qui était celle de la société, celle-ci ayant d'après ses statuts le droit de se prolonger indéfiniment — ; attendu que, de ces circonstances constatées souverainement, l'arrêt a déduit que la clause était entachée de nullité, comme portant atteinte à la liberté du commerce, et qu'il a, par suite, repoussé la demande ; — attendu qu'en statuant ainsi il s'est exactement conformé aux principes de la matière et a, par là même, répondu aux conclusions d'appel... ».

Il a été jugé aussi que la convention par laquelle le vendeur d'un fonds de commerce s'interdit d'une façon illimitée quant au temps et quant au lieu d'exercer un commerce semblable est nulle comme contraire à la liberté de l'industrie, principe d'ordre public (Paris, 14 juin 1899, D.P. 90.2.289).

du genre de celui vendu, et de porter ou de faire porter du lait dans toute la clientèle qui en dépend(1). La clause, outre son caractère partiel, était évidemment nécessaire pour la protection de l'entreprise vendue et donc raisonnable (2).

Jusqu'ici, il n'y a pas de contradiction entre la règle et le « standard ». Jusqu'ici la jurisprudence française a pu appliquer des solutions en conformité avec les nécessités économiques, tout en restant fidèle à la règle. Voyons maintenant comment elle s'est comportée dans les cas où la règle serait par elle-même de nature à donner des résultats en opposition avec ceux du « standard ».

(1) Paris, 21 fév. 1900, D.P. 1900.2.476.

(2) Autres exemples de clauses restrictives partielles et raisonnables : a) La clause par laquelle, en vendant son fonds, un commerçant s'est interdit de faire un commerce semblable « dans la région du sud-est de l'Algérie », doit être considérée comme valable (Req. 1^{er} fév. 1899, D.P. 99,1,302). b) Est valable l'engagement pris par un employé, au cas où il sortirait de chez son patron, de ne pas travailler pendant un temps déterminé pour un autre patron de la même localité vendant les mêmes articles (Req. 6 août 1878, D.P.79.1.400) ou de ne pas exercer une industrie similaire dans l'étendue du département pendant la durée de l'établissement (Req. 5 juillet 1865, D.P. 65.1.425) ou de ne pas exercer une industrie similaire à celle du patron dans la ville où est situé l'établissement et ses environs (Civ.24 janvier 1866, D.P.66.1.8.) c) Est encore valable la renonciation par un commis, au cas où il sortirait de la maison, soit à l'expiration des 15 ans pour lesquels il était engagé, soit avant l'expiration de ce délai, pour une cause quelconque, à prendre aucun intérêt direct ou indirect dans une maison de commerce du même genre et faisant des affaires avec la même clientèle et à voyager pour son compte dans cette clientèle, ou à tenir une maison de gros semblable dans un rayon déterminé (Paris 11 fév. 1887, D.P.87.2.140). Les deux limitations principales qui, d'après la jurisprudence française, rendent la restriction partielle, sont, comme on voit, les limitations quant au temps et quant au lieu. Quelle que soit celle de ces deux limites qui se rencontre dans l'engagement, elle suffit pour entraîner sa validité (DALLOZ *Rep. Suppl. Ind. et Com.* N° 110).

Prenons d'abord une espèce où la clause restrictive est générale, mais déraisonnable, et recherchons si, dans un pareil cas, la jurisprudence française s'est conformée à la règle en annulant la clause ou si elle s'est rapprochée du « standard » en la validant. Nous ne pourrions choisir un exemple plus démonstratif que le cas *Nordenfelt* lui-même qui, on se le rappelle, a fourni l'occasion à la jurisprudence anglaise de consacrer définitivement le « standard » de rationalité. Ce cas s'est également présenté devant la jurisprudence française à laquelle la compagnie demanderesse a dû s'adresser pour obtenir son exequatur en vue de permettre l'exécution en France de la décision rendue par la Chambre des Lords. Dans cette affaire *Nordenfelt*, la Cour de Cassation valida, nous l'avons vu, une clause restrictive qui, en fait, était certainement une clause générale. Comment donc a-t-elle pu parvenir à une solution pareille sans sacrifier complètement sa vieille règle quant à la nullité des restrictions générales ? La jurisprudence anglaise, qui est arrivée à la même solution, n'a pu le faire qu'en détruisant l'ancien système par des moyens plus ou moins ingénieux, et en établissant ouvertement le « standard » de rationalité comme le seul critérium de la validité des clauses restrictives. La jurisprudence française a-t-elle procédé avec la même franchise et prononcé la faillite de sa règle étroite pour se soumettre au « standard » plus large et plus souple ? Pas du tout. Elle a continué à invoquer officiellement la règle, mais en même temps elle l'a déformée pour arriver au même résultat que si elle avait appliqué le « standard ». La Cour de Cassation, confirmant la décision de la Cour d'Appel, affirma dans l'espèce que la clause restrictive était partielle afin de pouvoir en reconnaître la validité. Elle prétendit y

trouver deux limitations qui la rendaient partielle, l'une quant à l'objet — limitation à une entreprise similaire à celle cédée — et l'autre quant au temps — limitation à la durée de 25 ans (1).

Le détour n'a pas même le mérite d'être ingénieux, et il rappelle étrangement le procédé malhabile adopté par le Lord Justice Smith dans la Cour d'Appel anglaise pour se débarrasser de l'ancien système. En réalité la clause restrictive dans le cas *Nordenfelt* était incontestablement une clause générale. La limitation quant à l'objet (une

(1) (Voici quelques passages de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation dans ce cas célèbre : « Attendu, en droit, que la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie peut être restreinte par des conventions particulières, pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue (c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu) ; que la restriction est donc valable lorsque, librement consentie, elle est perpétuelle mais limitée à un lieu déterminé, comme aussi lorsque, s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps. En fait : Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué qu'à la date du 5 mars 1886 M. Nordenfelt a fondé à Londres une société anonyme... Attendu que l'arrêt susvisé constate que l'interdiction ne s'appliquait qu'aux canons, affûts... ; qu'elle était ainsi restreinte quant à son objet ; que, d'autre part, elle était, il est vrai, générale quant aux lieux, mais qu'il n'en pouvait être autrement à raison de la nature du commerce cédé par Nordenfelt à la société, lequel s'exerçait dans tous les pays, d'où il suit que son étendue n'excédait pas, à ce point de vue, la mesure de la garantie due par le vendeur à son acheteur — Attendu enfin, qu'à raison de l'âge de Nordenfelt, l'arrêt a pu décider que l'interdiction, dont la durée était fixée à 25 ans ne pouvait être considérée comme perpétuelle, — Attendu qu'en décidant, dans ces circonstances, que la sentence de la Cour d'Appel d'Angleterre du 19 décembre 1892, confirmée par la Chambre des Lords le 31 juillet 1894, qui avait déclaré valable la clause litigieuse, n'était en rien contraire à l'ordre public, et qu'en ordonnant que les dites décisions seraient exécutoires en France, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi » (Civ. Req. 2 juillet 1900, D. P. 1901, 1, 294).

branche d'industrie) n'était qu'apparente. La Cour de Cassation française et les cours anglaises sont d'accord sur ce point. La limitation quant au temps était aussi apparente. On a peine à concevoir comment un homme âgé de 46 ans pourrait après l'expiration de 25 années nouvelles (c'est-à-dire à l'âge de 71) réentreprendre, sauf dans des cas très exceptionnels, une œuvre sérieuse d'organisation économique. Le caractère général de la clause ne fait donc aucun doute. Seulement — et c'est cela qui a impressionné la Cour de Cassation — cette clause était nécessaire pour la protection de l'entreprise cédée. La Cour a laissé percer cette impression en disant : « Qu'elle (c'est-à-dire la clause) était, il est vrai, générale quant aux lieux, mais qu'il n'en pouvait être autrement à raison de la nature du commerce cédé par Nordenfelt à la société, lequel s'exerçait dans tous les pays, d'où il suit que son étendue n'excédait pas, à ce point de vue, la mesure de la garantie dûe par le vendeur à son acheteur. » Mais pourquoi n'a-t-elle donc pas dit, tout franchement, que la clause était valable, malgré son caractère général, parce qu'elle était raisonnable ? Pourquoi a-t-elle cherché à créer des limitations imaginaires ou illusoires uniquement pour donner satisfaction apparente à une règle purement artificielle et d'une rigidité aveugle ? N'eût-il pas mieux valu que la Cour Suprême française suivît l'exemple de la Chambre des Lords anglaise, qui s'était empressée de saisir l'occasion propice que lui offrait cette même affaire Nordenfelt de proscrire la vieille règle pour proclamer le « standard » de rationalité (1) ?

(1) On peut multiplier les exemples pour démontrer que la jurisprudence française est parvenue à valider des clauses restrictives générales, mais raisonnables, sous prétexte que ces clauses étaient

Prenons maintenant à l'hypothèse inverse : une clause restrictive partielle, mais déraisonnable. Nous constatons ici encore que la jurisprudence française a reculé devant la rigidité de la règle, et s'est laissée guider ins-

partielles, en créant des limitations imaginaires pour leur donner ce caractère. C'est ainsi qu'elle a jugé valable la clause restrictive suivante : « M. Hanoteau... s'interdit d'une manière expresse et absolue la faculté de former ou de faire valoir directement ou indirectement un autre établissement semblable à celui cédé ou pouvant lui faireu ne concurrence quelconque ». La clause, on le voit, ne contient aucune limitation ; cependant la Cour d'Appel, dont l'arrêt a été confirmé par la Cour de Cassation (Civ. 9 fev. 1898, D. P. 1903. 1. 605), l'a considérée comme valable, sous prétexte qu'elle était une clause partielle ; et pour arriver à cette fin, elle a imaginé la limitation suivante : L'interdiction, dit la Cour d'Appel, « disparaîtrait, notamment par tout événement ou acte personnel de Michelin (le stipulant) ou de ses ayants droit équivalant à l'abandon ou à la disparition de la chose (c'est-à-dire de l'industrie protégée) ». La Cour d'Appel a fait preuve d'une imagination trop fertile en inventant ici une limitation qui serait susceptible de transformer en clauses partielles les clauses les plus générales et les plus absolues, puisqu'il n'est point de chose ni d'œuvre en ce monde qui soit appelée à la pérennité. Il est curieux de constater que cette construction, d'une si étrange et si naïve subtilité, avait déjà été esquissée dans un arrêt de la Cour de Cassation qui décidait que « l'on ne saurait considérer comme générale et absolue l'interdiction pour le cédant de faire le même commerce que celui de l'établissement cédé, cette clause ayant nécessairement une portée limitée par son objet même qui est la conservation par l'acquéreur de la clientèle à lui vendue ». « Ainsi, d'une part, ajoutait la Cour, le cédant est autorisé à faire tout autre commerce que celui sur lequel porte spécialement l'interdiction et, d'autre part, *l'interdiction disparaîtra toutes les fois que, par cessation du commerce ou tout autre événement, l'exercice d'un commerce semblable à celui cédé ne pourrait plus faire concurrence au cessionnaire.* En conséquence, une pareille interdiction, quoique illimitée quant au lieu, se trouve limitée dans son objet et dans sa durée ». (D. P. 1885, 1. 247). Dans cette espèce la prétendue limitation d'objet (limitation à une branche indépendante de commerce), n'est qu'apparente, et celle de temps est illusoire. A propos de cette dernière limitation on peut emprunter le langage de Tindal dans *Rannie c.*

tinctivement par la directive de la rationalité. Voici une espèce (1) où la Cour de Cassation a admis la possibilité d'annuler une pareille clause, en dépit de la protection théorique que lui donne la règle. Le sieur Hardegg était employé de commerce dans la maison Speidel en Indo-Chine ; la maison lui avait adressé pour préciser les conditions de son engagement une lettre dont il avait accepté le contenu, et qui faisait, dès lors, partie des stipulations du contrat de louage de service. La lettre était ainsi conçue : « Vous vous engagez à ne pas entrer dans une autre maison de commerce de l'Indo-Chine française, pendant les quatre ans qui suivront votre sortie de notre maison, à ne pas en fonder une, à vous abstenir de toute affaire pour votre compte personnel ». Comme on le voit, la clause était partielle, étant limitée quant au temps. Car il faut bien remarquer que, d'après la jurisprudence française, la seule limitation quant au temps suffit pour rendre la clause partielle — question qui est controversée,

Irvine (7 M. et Gr. 976) : « Nous ne sommes pas tenus d'envisager des hypothèses improbables et fantastiques afin de rendre (le contrat valable) ». Aussi la jurisprudence anglaise se place-t-elle, pour apprécier la rationalité, au moment de la conclusion du contrat, sans tenir compte des changements qui peuvent survenir après. Nous citons aussi, comme exemples de clauses restrictives générales considérées comme valables deux décisions : 1) Paris 21 avril 1896, D. P. 97. 2. 177 (Note de M. Dupuich) : « L'interdiction librement acceptée par un comédien de ne jouer sur aucun théâtre de Paris ou des départements, (c'est-à-dire toute la France) n'a rien de contraire à l'ordre public ». Il n'y a là qu'une limitation apparente quant au lieu. 2) Limoges 25 nov. 1910, D. P. 1911, 2. 405 : « On doit déclarer valable la convention par laquelle un associé, cédant à son coassocié ses droits dans un fonds de commerce exploité en commun, s'interdit d'exercer, pendant 50 ans, une industrie similaire et de faire une concurrence directe ou indirecte au cessionnaire dans l'industrie cédée ». Il n'y a là qu'une limitation apparente quant au temps.

(1) Req. 17 mai 1911, D. P. 1913, 1. 342.

on se rappelle, dans la jurisprudence anglaise. D'un autre côté cette clause partielle était déraisonnable : elle interdisait à un travailleur, pendant quatre ans, de gagner sa vie par son travail. Si la jurisprudence française avait été fidèle à sa règle théorique, elle aurait validé la clause, en dépit de son irrationalité. Elle s'en est bien gardée. La Cour de Cassation, confirmant l'arrêt de la Cour d'Appel, a considéré la clause comme nulle. Elle n'a pas nié son caractère partiel, mais elle a invoqué, pour l'invalidier, un principe supérieur à la règle elle-même et dont elle n'est que la mise en œuvre, le principe « de la liberté humaine et du droit de vivre ». Cela revient à dire, quoique en termes indirects, que la clause restrictive est nulle, malgré son caractère partiel, quand elle est déraisonnable ; car l'irrationnalité d'une pareille clause restrictive tient à ce qu'elle est contraire au respect de la liberté humaine et méconnaît le droit du travailleur à l'existence (1). Pourquoi donc ne pas avouer franche-

(1) La Cour de Cassation a justifié ainsi sa décision : « Attendu que ledit arrêt (arrêt de la Cour d'Appel) constate que cet engagement contenait de la part de Hardegg au profit des sieurs Speidel, non une interdiction d'exercer dans la colonie un commerce ou une branche de commerce similaire de nature à leur être préjudiciable, mais une prohibition générale de faire un commerce quelconque et même aucune affaire, soit pour son compte, soit pour autrui ; que Hardegg, qui est commerçant et n'a d'autre moyen d'existence que l'exercice de cette profession, était mis par une telle interdiction dans une véritable impossibilité de vivre ; — Attendu que la Cour d'Appel apprécie que, dans cet état des faits, la clause quoique limitée dans ses effets à la colonie (Indo-Chine) et à une durée de quatre ans, était non seulement contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, mais encore attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre... » La Cour de Cassation fonde l'invalidité de la clause sur deux motifs principaux : 1) la clause n'était pas limitée à un commerce déterminé dans le domaine duquel la concurrence pourrait être préjudiciable au stipulant, bien qu'elle fut limitée

ment que le seul standard de rationalité domine la matière ? Alors qu'on reconnaît implicitement par une série d'applications pratiques de plus en plus nombreuses

quant au temps et quant au lieu ; 2) le fait que la clause était non seulement contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, mais encore attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre. Quant au premier motif, on ne voit pas pourquoi il serait nécessaire, pour qu'une clause restrictive soit partielle, qu'elle soit limitée à un commerce déterminé, si elle est déjà limitée quant au temps ou quant au lieu. Une seule de ces deux limitations suffirait pour attribuer le caractère partiel à la clause restrictive. Quant au deuxième motif, le fait que la clause restrictive est attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre ne saurait empêcher la validité de la clause, si l'on appliquait fidèlement la règle relative à la validité de toute clause partielle. En critiquant la décision de la Chambre des Requêtes, nous n'entendons pas par là contester la valeur du principe supérieur qu'elle invoque, mais seulement montrer qu'elle est en contradiction avec le maintien de la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles.

Pour éviter à la fois de reconnaître l'entrée en désuétude de cette distinction et d'en tirer des conséquences par trop inéquitables, la Chambre des Requêtes a préféré mal appliquer une mauvaise règle pour arriver à un bon résultat. N'eût-il pas mieux valu avouer franchement que la règle ancienne ne devait pas survivre à sa raison d'être ; que ce qui manquait à la clause restrictive dans l'espèce c'était le caractère raisonnable, et non le caractère partiel, et que son irrationalité suffisait à la rendre nulle. On ne doit pas admettre, laisse entendre la Chambre des Requêtes dans un passage de cet arrêt, qu'on puisse interdire à une personne de s'occuper d'un commerce quand l'exercice de ce commerce n'est pas préjudiciable au stipulant. C'était là la véritable raison de décider dans l'espèce ; c'est elle qui, en fait, a certainement déterminé la Cour à prononcer la nullité de la clause d'interdiction. C'est donc en réalité le caractère excessif ou déraisonnable de cette clause qui l'a fait tomber ; et c'est justement ce caractère excessif qui l'a rendue, d'après les termes de la Cour, « attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre ». La Cour a donc ici encore substitué, sans l'avouer, comme directive intime de sa décision le *standard* de rationalité à la vieille règle de droit.

l'existence de la chose, pourquoi s'obstiner à ne pas vouloir prononcer le mot qui la désigne ?

La jurisprudence française aurait tout intérêt à renoncer en cette matière à l'emploi des règles rigides de droit pour se rallier à la méthode des « standards » qui a donné ses preuves de fécondité et de précision de l'autre côté de la Manche. Il est surprenant qu'elle ne l'ait pas déjà fait. Pour se débarrasser de traditions surannées et encombrantes elle n'aurait eu besoin de déployer ni la même ingéniosité ni la même audace que les juges anglais. Car la jurisprudence française du début du XIX^e siècle n'a fait sortir la distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles que de l'interprétation de textes législatifs assez vagues en eux-mêmes, et dont le plus ancien et le principal — l'article 7 de la loi du 2-17 mars 1791 — a dû être quelque peu torturé pour être rendu applicable à la matière, alors que les cours anglaises trouvaient cette distinction expressément et impérativement formulée dans des arrêts anciens dont le concept de l'autorité du cas jugé leur interdisait théoriquement d'écarter la force de précédent.

La substitution à la règle ancienne du « standard » de rationalité et de l'ensemble de directives nuancées et adaptables qui y sont en germe n'aurait pas eu seulement l'avantage de lui permettre de renoncer à des expédients dont l'obliquité, et à des fictions dont la naïveté risquent de diminuer le crédit des décisions qui les mettent en œuvre. Elle y aurait gagné surtout d'éviter le régime d'incertitude et d'insécurité jurisprudentielles auquel elle a condamné tout l'ensemble de ce chapitre du droit en s'obstinant à affirmer en principe l'existence d'une division arbitraire et surannée, tout en la paralysant par des moyens détournés toutes les fois que les nécessités de

la vie économique l'exigeaient trop impérieusement.

C'est pour éviter d'être obligée de proclamer officiellement que la distinction mécanique et formaliste des restrictions générales et des restrictions partielles devait faire place à une discrimination plus savante, mais aussi plus délicate, entre les restrictions raisonnables et les restrictions déraisonnables, que la Cour de Cassation a été amenée dans le cas *Nordenfellt* à fixer définitivement sa jurisprudence en ce sens que la détermination du caractère partiel ou général, ainsi que du caractère adéquat ou excessif des clauses contractuelles restreignant la liberté individuelle du travail est une question d'espèce échappant en général à son contrôle et rentrant dans le champ d'examen discrétionnaire des juges du fait. Par cette attitude d'indifférence ou de paresse la grande cour régulatrice française a renoncé d'avance à entreprendre, comme l'ont fait la Chambre des Lords et la Cour d'Appel anglaise, une classification méthodique des diverses sortes de clauses au point de vue des buts qu'elles poursuivent et des effets économiques qu'elles produisent. Elle s'est abstenue d'analyser les multiples intérêts du stipulant, du promettant ou du public, mis en jeu par les clauses restrictives, et de donner des instructions aux juges inférieurs pour la conciliation et le dosage de ces intérêts. Elle a même continué à soumettre à un régime absolument uniforme les deux grandes sortes de stipulations restrictives de la liberté de travail, celles qui figurent dans les contrats de cession de fonds de commerce ou de société, et celles qui sont contenues dans les contrats de louage de services ou d'apprentissage. Catégories qui, pourtant, dans la vie économique contemporaine, ont pris des physionomies bien distinctes, y remplissent des fonctions sociales opposées, et que, pour

cette raison, la jurisprudence anglaise du xx^e siècle a placées sous des réglementations juridiques de plus en plus différentes.

Le sentiment de la nécessité d'une différenciation entre ces deux groupes de clauses, de tempérament si opposé, perce bien ça et là au travers des décisions des tribunaux de première instance (1). C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de la Seine du 14 juin 1905 a dit en substance : « Il peut être valablement interdit à un associé qui cède sa part dans une société, à un négociant ou un industriel qui vend son établissement de fonder une maison similaire, à raison des compensations qu'il reçoit par le prix de sa cession. Toutefois il n'en saurait être de même à l'égard de l'employé salarié qui est resté au service de la maison pendant quatorze années consécutives durant lesquelles il ne s'est occupé que des produits faisant l'objet du commerce de son patron, alors, d'ailleurs que, par la généralité de ces produits, une interdiction serait pour cet employé la suppression de tout droit à l'existence ». Mais cette sympathie pour l'employé n'a pas encore conduit les juges à écarter en sa faveur la règle ancienne et le tribunal civil de Montdidier a pu dire dans un jugement du 25 mai 1906 (2) : « Aucune loi ne prohibe la clause par laquelle un employé s'oblige envers son patron, au cas où il le quitterait, à ne pas faire d'affaires, soit pour lui-même, soit pour une maison concurrente, dans un rayon déterminé et pendant un certain temps. Une convention de cette nature ne serait nulle que si l'interdiction était générale et absolue, c'est-à-dire illimitée à la fois quant au temps et quant au lieu.

(1) D. P. 1906. 5. 28.

(2) D. P. 1906. 5. 53.

Il est à craindre, aussi bien en France qu'en Angleterre que l'employé soit trop souvent réduit à l'exécution volontaire de clauses oppressives par sa répugnance à la litigation. Répugnance dûe plus encore peut-être à l'imprévisibilité des résultats finaux de la litigation qu'à la crainte des frais qu'elle entraîne. La Cour de Cassation a intensifié l'incertitude naturelle de l'issue de pareils procès en développant le jugement en fait aux dépens du jugement en droit à l'époque où la Chambre des Lords et la Haute-Cour de justice anglaise la réduisaient au minimum en proclamant, sous la sanction de leur contrôle régulateur, la distinction des connaissances objectives et des connaissances subjectives, et tant d'autres directives destinées à guider l'application de la théorie des « *restraints of trade* » aux contrats de travail.

Cette comparaison des résultats que les jurisprudences de deux pays voisins ont obtenues sur le même terrain, l'une par l'emploi de la règle, l'autre par l'emploi du « *standard* », ne fournit-elle pas une réponse impressionnante à la plus spécieuse des critiques dirigées contre la méthode des « *standards* » : l'objection tirée des risques qu'elle ferait courir à la sécurité des relations juridiques ?

Vu, le 30 mars 1925
Le Président de la Thèse

E. LAMBERT.

Vu, le 30 mars 1925
Le Doyen

L. JOSSERAND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 30 mars 1925
Le Recteur d'Académie,
Président du Conseil de l'Université

J. CAVALIER

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Les aspects pratiques et les aspects scientifiques
de la théorie anglaise des restraints of trade.
L'expérimentation sur ce terrain de la valeur respective
de la règle de droit et du standard juridique

	Pages
CHAPITRE I. — <i>Comment la question se pose-t-elle dans la pratique et dans la doctrine universelles ?</i>	1
CHAPITRE II. — <i>Importance spéciale de la question en droit anglais</i>	9
<i>Section I.</i> — Intérêt économique et social.....	12
§ 1. — Intérêt économique.....	13
§ 2. — Intérêt social.....	17
<i>Section II.</i> — Intérêt juridique.....	23
§ 1. — L'apparition du <i>standard</i> à côté de la règle.....	27
§ 2. — La notion du <i>standard</i> opposée à la notion de la règle.....	38
A. — Différence quant à la nature.....	38
B. — Différence quant au fonctionnement...	45
a) Mode d'application.....	46
b) Résultat obtenu.....	50
a) Individualisation de la justice....	50
b) Evolution et progrès du système juridique	54
C. — Différence quant au domaine d'application.....	56
a) Le domaine des règles et des principes.	57
b) Le domaine des <i>standards</i>	59
§ 3. — Objections qui peuvent être adressées à un système de <i>standards</i>	62
A. — Arbitraire du juge.....	63
B. — Absence de développement scientifique.	68
C. — Applications qui finiront par être des règles	70
D. — Séparation des pouvoirs.....	73

L'ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DES RESTRICTIONS CONTRACTUELLES A LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DE TRAVAIL DANS LA JURISPRUDENCE ANGLAISE

TITRE I

Première Phase. — Les Origines Prohibition absolue de toute Restrained of Trade

§ 1. — Sources	76
§ 2. — Justification donnée à cette prohibition absolue	77
§ 3. — Origines de la prohibition	79

TITRE II

Deuxième Phase : Du cas *Mitchel* *C. Reynolds* jusqu'au cas *Nordenfelt* (1711-1894) Distinction entre les restrictions générales et les restrictions partielles

CHAPITRE I. — Analyse du cas <i>Mitchel C. Reynolds</i>	85
<i>Section I. — La présomption absolue</i>	88
<i>Section II. — La présomption relative</i>	90
CHAPITRE II. — Les Restrictions générales	94
<i>Section I. — Définition de la restriction générale</i>	94
<i>Section II. — Sort des restrictions générales. — Nullité absolue</i>	103
§ 1. — Fondement de la règle	104
A. — Présomption absolue d'irrationalité	104
B. — Régime de monopole	106
C. — Police publique	107
§ 2. — Portée de l'exception à la règle de la nullité de la restriction générale	108
CHAPITRE III. — Les Restrictions partielles	110
<i>Section I. — Première condition : Caractère limité des restrictions</i>	110
§ 1. — Limitation quant à l'espace	111
§ 2. — Limitation quant aux personnes	114
§ 3. — Limitation quant à l'objet	116
§ 4. — Limitation quant au mode d'exercice	117
§ 5. — Limitation quant au temps	121
<i>Section II. — Deuxième condition : Considération</i>	127
§ 1. — Première étape : considération équivalente	128
§ 2. — Deuxième étape : considération appréciable	130

Section III. — Troisième condition : La rationalité....	139
§ 1. — Les éléments de la rationalité.....	139
§ 2. — Preuve de la rationalité.....	144
I. — Première étape : la preuve est à la charge du stipulant.....	146
II. — Deuxième étape : la preuve est à la charge du promettant.....	147
§ 3. — Nature de la question de rationalité. — Question de droit ou question de fait.....	150
CHAPITRE IV. — Questions communes à toutes les restrictions...	154
Section I. — Classification des clauses restrictives...	155
A. — Contrats de cession de fonds de commerce	155
B. — Contrats de louage de service.....	157
Section II. — Interprétation des clauses restrictives..	160
§ 1. — Interprétation de la clause restrictive selon les règles du droit commun de la construction...	161
§ 2. — Divisibilité des clauses restrictives.....	162
Section III. — Action en exécution des clauses restrictives. — Sa mise en œuvre.....	169
§ 1. — Qui peut être demandeur ?.....	170
§ 2. — Qui peut être défendeur?	172
§ 3. — Actes qui peuvent constituer violation de la clause restrictive.....	174
§ 5. — Mode d'exécution forcée des clauses restrictives	178

TITRE III

Troisième Phase : Du cas Nordenfelt aux cas Mason et Saxelby (1894-1916). — Le Standard de la rationalité

CHAPITRE I. — Destruction de l'ancienne théorie.....	184
Section I. — Premier procédé (Smith, L.-J.). — L'ancien système subsiste, mais il faut bien le comprendre : une restriction générale est une restriction dont la généralité est absolue.....	190
Section II. — Deuxième procédé (Bowen, L.-J.). — L'ancien système subsiste, mais il admet des exceptions ; il en existait déjà deux, il s'agit maintenant d'en ajouter une troisième.....	192
Section III. — Troisième procédé (Lindley, L.-J.). — La règle ancienne n'est qu'une simple application d'un principe supérieur, le principe de la rationalité.....	199
Section IV. — Quatrième procédé (Lord Macnaghten et Lord Ashbourne). — L'ancien système n'a jamais pris la forme absolue et rigide qu'on prétend lui donner ; c'est un système de circonstances qui doit changer avec elles.....	202

<i>Section V. — Cinquième procédé (Lord Watson). —</i> L'ancienne règle est une règle de police publique, et non pas de technique juridique ; elle est donc suscep- tible d'évolution et de modification.....	218
<i>Section VI. — Sixième procédé (Lord Herschell et</i> <i>Lord Morris). — L'ancien système devient inappli-</i> <i>cable dans les circonstances actuelles ; il doit, par con-</i> <i>séquent, être formellement abrogé.....</i>	225
CHAPITRE II. — Construction d'une théorie nouvelle.....	232
<i>Section I. — Le standard de rationalité.....</i>	232
§ 1. — La rationalité envisagée au point de vue du stipulant.....	232
§ 2. — La rationalité envisagée au point de vue du promettant.....	237
§ 3. — La rationalité envisagée au point de vue du public.....	240
<i>Section II. — Applications pratiques du standard de</i> <i>la rationalité.....</i>	249
§ 1. — Entreprises à portée universelle ou quasi- universelle	250
A. — Cas <i>Nordenfelt</i>	250
B. — Cas <i>Underwood c. Barker</i>	254
C. — Cas <i>Henry Leatham Lt. c. Johnstone</i> <i>White</i>	257
D. — Cas <i>Goldsoll c. Goldman</i>	259
§ 2. — Entreprises locales.....	261
A. — Cas <i>Haynes c. Doman</i>	261
B. — Cas <i>Br. Re. Con. Eng. Co. c. Schelff</i>	264
§ 3. — Cas où une clause restrictive garantit, non pas une entreprise, mais le paiement d'une dette : <i>Horwood c. Millar's Timber and Trading Co.</i>	266

TITRE IV

Quatrième Phase : Depuis les cas Mason et Saxelby jusqu'à nos jours. — Distinction entre les contrats de cession de fonds de commerce et les contrats de louage de service

CHAPITRE I. — Distinction entre les contrats de cession de fonds de commerce et les contrats de louage de service.....	273
A. — Dans les contrats de louage de service, le plus grand besoin de l'employé est de conserver sa liberté de travail pour pouvoir gagner sa vie ; dans les contrats de cession de fonds de commerce, le plus grand besoin du vendeur est, au contraire, de conserver sa liberté de contrat pour pouvoir tirer le plus grand profit de son entreprise.....	276

- B. — Dans les contrats de cession de fonds de commerce, l'acheteur et le vendeur débattent le marché avec une liberté égale ; chacun s'efforce, de son côté, d'obtenir les termes les plus avantageux ; dans les contrats de louage de service le patron se trouve dans une situation économique et sociale très avantageuse vis-à-vis de l'employé..... 278
- C. — La nature même du contrat de cession de fonds de commerce exige que l'acheteur soit protégé contre la concurrence du vendeur ; autrement l'entreprise achetée se réduirait à rien ou à peu de chose ; si l'on admet, par conséquent, une très grande liberté de contrat dans une cession de fonds de commerce, et non pas dans un louage de service, c'est qu'on en a besoin surtout pour la première..... 279

CHAPITRE II. — *Distinction entre la connaissance objective et la connaissance subjective.*..... 284

CHAPITRE III. — *Conséquences juridiques des deux distinctions. — La réaction qui s'est produite dans le domaine des contrats de louage de service.*..... 291

§ 1. — Appréciation de la rationalité..... 292

§ 2. — Charge de la preuve de la rationalité..... 296

§ 3. — Considération 300

§ 4. — Divisibilité des clauses restrictives..... 302

§ 5. — Conformité à l'usage..... 805

CHAPITRE IV. — *Quelques applications pratiques.*..... 307

I. — Cas *Mason* 307

II. — Cas *Eastes c. Russ.*..... 312

III. — Cas *Nevanes c. Walker and Foreman.*.. 314

IV. — Cas *Saxelby* 316

V. — Cas *Hepworth Manufacturing Co. c. Ryst.* 321

VI. — *Dewes c. Fitch.*..... 323

CONCLUSION

Comparaison entre la Jurisprudence anglaise et la Jurisprudence française

Section I. — Exposé d'ensemble du système français comparé au système anglais..... 326

Section II. — Tendances de la jurisprudence française à se rapprocher dans son fonctionnement pratique de la jurisprudence anglaise..... 341

Saint-Amand (Cher). — Imprimerie R. BUSSIERE.
